

Les vertus des opinions divergentes

Opportunité de permettre l'expression « d'opinions divergentes » à la Cour constitutionnelle belge dans le cadre de son contrôle des « droits constitutionnels »

Mémoire réalisé par
Laura Gourmelen

Promoteur(s)
Nicolas Bonbled

Année académique 2015-2016
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Introduction

Les délibérations des instances judiciaires belges sont assujetties à la règle du secret de manière absolue. Ce n'est pas clairement exprimé dans la législation comme un principe dominant la prise de décision du juge. On le retrouve en filigrane à l'article 778 du Code judiciaire et en ce qui concerne la Cour constitutionnelle, dans l'article 108 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle du 6 janvier 1989, qui est plus explicite puisqu'il dispose que "*les délibérations de la Cour sont secrètes*". La règle est néanmoins admise par tous et s'impose à tous les juges de l'ordre judiciaire.

La règle du secret interdit logiquement toute communication au sujet d'une opinion exprimée durant ce délibéré par un juge qui diverge de la décision prise par la juridiction ou de sa motivation. Si la question ne se pose plus guère pour les Cours et Tribunaux où la collégialité n'est plus la règle, l'objet de ce travail est de vérifier si, pour ce qui concerne la Cour constitutionnelle, spécialement en ce qui concerne les libertés et droits fondamentaux, il ne serait pas opportun de permettre – sur base volontaire bien entendu – à un des juges de faire connaître une opinion divergente.

Actuellement, le concept « d'opinions divergentes » est uniquement débattu par la doctrine et fait l'objet de quelques études universitaires. L'idée germe également dans l'esprit de quelques magistrats. Nous estimons toutefois que le débat dépasse la sphère doctrinale et judiciaire et qu'il s'adresse à tous les citoyens.

Nous commencerons par décrire l'objet de ce travail, à savoir les opinions divergentes, en passant par leurs origines historiques et les différentes déclinaisons qu'elles adoptent d'une juridiction à l'autre.

Nous aborderons ensuite le secret du délibéré. Dans cette deuxième partie, nous travaillerons par *thèse, antithèse, synthèse*. Il ressort du débat relatif aux opinions divergentes que la plupart des arguments employés pour justifier le secret du délibéré sont également utilisés par ses détracteurs. Ainsi, nous tenterons de renverser les arguments défavorables aux opinions

divergentes, et de démontrer les effets positifs d'une « levée du secret », tant pour la justice que pour le justiciable.

Enfin, nous consacrerons le dernier chapitre aux vertus des opinions divergentes. Outre le regain de clarté et de compréhensibilité qu'elles pourraient apporter à la jurisprudence, celles-ci constitueraient également une garantie démocratique ainsi qu'un moyen de responsabilisation du juge. Le travail se conclura sur un aperçu des modalités pratiques d'une communication publique d'opinions divergentes dans l'éventualité d'une introduction de celle-ci au sein de la Cour constitutionnelle belge.

Partie I – Les opinions divergentes

Chapitre 1 – Définition et concept

On entend par "opinion séparée", "distincte", "divergente", "individuelle" – nous verrons dans le chapitre suivant sous quelles déclinaisons elles se présentent – la faculté pour un ou plusieurs juges participant à une instance collégiale, de joindre leur opinion personnelle en marge de la décision, l'opinion personnelle étant en désaccord partiel ou total avec la décision ou les motifs auxquels se sont ralliés la majorité des juges.¹

Sous-section 1 – En droit comparé

Cette pratique est courante dans l'ordre international et dans un bon nombre de pays d'Europe. Dans la plupart des cas, ce procédé est réservé aux juges des cours suprêmes ou constitutionnelles. C'est le cas de l'Allemagne où toutes les juridictions respectent le secret des délibérations, à l'exception des juges constitutionnels qui sont autorisés à émettre un *sondervotum*. D'autres Etats tels que la Bulgarie, le permettent au niveau des juridictions ordinaires. C'est nécessairement le cas des Etats dans lesquels le contrôle de constitutionnalité est, en l'absence de cour constitutionnelle, l'affaire des tribunaux ordinaires, la Cour suprême demeurant le dernier degré de juridiction dans ce contentieux. A titre d'exemple, le Danemark ne possède pas de cour constitutionnelle et permet donc à ses juges de communiquer une opinion individuelle dans la décision elle-même. C'est en pratique assez rare, ce qui est généralement interprété comme une incitation destinée aux parties de se pourvoir devant la Cour suprême.²

Sous-section 2 – En droit belge

La Belgique ne permet pas l'expression d'opinions individuelles, pas même aux juges des plus hautes instances du pays.

¹ Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *Rev. Trim. D. H.*, 2004, p. 197.

² R. RAFFAELLI, "Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres", Bruxelles, Direction générale des politiques internes du Parlement européen, Département thématique C : droits des citoyens et affaires constitutionnelles, 2012, p. 23.

Pour rappel, la Cour constitutionnelle belge arbitre les conflits de normes qui trouvent leur source dans l'éclatement des compétences entre autorité fédérale et entités fédérées. Elle vérifie leur conformité avec les normes constitutionnelles et législatives relatives à la répartition des compétences. Les normes contrôlées sont de nature législative, au sens large du terme. Cela englobe donc les lois fédérales, décrets et ordonnances.³

C'était, à l'origine de sa création sa seule et unique mission. C'est d'ailleurs sous l'appellation de "Cour d'arbitrage" que celle-ci entre en fonction en 1983.⁴ Depuis la modification de l'article 142 de la Constitution et à l'adoption de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle et par la suite de celle du 9 mars 2003, celle-ci est également investie d'un contrôle de constitutionnalité des décisions qui concerne les droits fondamentaux constitutionnels.⁵

Limitée à l'origine à la supervision des articles 10 (égalité), 11 (interdiction de la discrimination) et 24 (liberté de l'enseignement), sa censure va progressivement inclure l'ensemble du titre II de la Constitution⁶, autrement dit l'intégralité de nos droits fondamentaux constitutionnels. A cela, on peut ajouter les articles 170 à 172 (légalité et égalité en matière fiscale), 143 § 1 (principe de loyauté fédérale) et 191 (protection de étrangers). Les articles 10 et 11 constituent toutefois le noyau dur du contrôle : la majorité des normes contrôlées ont comme normes de référence ces articles et les arrêts de la Cour constitutionnelle abondent en la matière.

La question qui est posée dans ce mémoire est l'opportunité de permettre aux juges constitutionnels de briser l'apparente unanimité des décisions contrôlant la constitutionnalité des normes législatives aux articles 8 à 32 de la Constitution, par la communication, s'ils le souhaitent, d'opinions individuelles d'une dissidence variable.

³ M. UYTENDAELE, "Trente leçons de droit constitutionnel", Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 508.

⁴ *Ibid.* p. 495.

⁵ Article 1er de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

⁶ Articles 8 à 32 de la Constitution.

On peut aisément comprendre que cela se révélerait être plus que délicat dans le cadre des conflits de normes. C'est un sujet qui laisse moins de place à l'interprétation libre et individuelle. En effet, la spécificité fédérale repose sur des équilibres sensibles, jonglant entre différents niveaux de pouvoirs et intégrant la coexistence de deux communautés linguistiques qui reflètent une division plus sociologique et culturelle que purement fédérale.⁷

En revanche, la situation est fondamentalement différente lorsque l'on se place sous l'angle du contrôle des droits constitutionnels. Une opinion dissidente dans cette matière serait par nature moins encline à déstabiliser l'équilibre politique et linguistique.

C'est sans doute dans ce contentieux qu'il serait, pour plusieurs raisons que nous détaillerons dans les chapitres ultérieurs, utile d'autoriser l'expression d'opinions divergentes.

Rappelons qu'outre la parité linguistique, la présence d'anciens parlementaires est imposée dans la composition de la Cour.⁸ Selon les travaux parlementaires, cela conduit à éviter une interprétation strictement juridique, affranchie de la pratique.⁹ Toutefois, on ne peut s'empêcher de penser que cela pourrait soulever des situations de conflit d'intérêts, préjudiciables aux décisions rendues par la Cour.

Chapitre 2 – Origines

C'est sur le continent nord-américain que la coutume des opinions séparées s'est développée. Qualifiées de *concurring opinions*, celles-ci sont elles-mêmes héritées de la tradition britannique.¹⁰ Traditionnellement la *House of Lords* promulguait ses décisions sous forme de *speeches*, correspondant aux motivations personnelles successives de chacun des juges intervenant dans la formation de jugement. On dit qu'elles sont rendues *seriatim*, en séries. Cela fournit à chaque magistrat plusieurs alternatives ; soit il se rattache à la décision et aux motifs de ses pairs, soit au contraire il exprime et justifie son désaccord avec ceux-ci, soit encore il opte pour une opinion séparée.

⁷ M. UYTENDAELE, "Trente leçons de droit constitutionnel", *op.cit.*, p. 498.

⁸ Article 34 §1 2° de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour Constitutionnelle.

⁹ M. UYTENDAELE, "Trente leçons de droit constitutionnel", *op.cit.*, p. 499.

¹⁰ R. RAFFAELLI, "Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres", *op.cit.*, p.12.

A l'origine, on considérait que tous ces *speeches* ayant la même valeur, il n'existait pas de majorité ou minorité en tant que telles. C'était l'expression des opinions séparées dans sa représentation la plus absolue. La pratique judiciaire est venue aujourd'hui en atténuer les effets si bien que certaines opinions en sont parfois réduites à un simple accord ou désaccord apporté au raisonnement des autres juges. Néanmoins, c'est toujours cette idée qui domine le processus d'adoption d'une décision de justice à la Cour suprême britannique. Les *speeches*, même s'ils ne sont plus systématiques, traduisent une conception du droit très différente de la nôtre dans laquelle il n'existe pas qu'une seule solution juridique valable, toute divergence d'opinion pouvant être prise en compte pour la rédaction du jugement.¹¹

A ce jour, c'est à la Cour suprême des Etats-Unis que la pratique des opinions divergentes est la plus répandue, suivie dès 1899 par la Cour permanente d'arbitrage, la Cour de justice centraméricaine et la Cour permanente au sein de la Société des Nations. Aujourd'hui, on autorise l'expression d'opinions divergentes au sein des deux premières juridictions citées ainsi qu'à la Cour de justice internationale, aux Tribunaux pénaux internationaux sur l'ex-Yougoslavie ou de Nuremberg, à la Cour pénale internationale ainsi qu'à la Cour européenne des droits de l'Homme qui sera abordée dans un chapitre ultérieur.¹²

Notons que la Constitution américaine ne contient aucune obligation de motivation des décisions de justice. Or, c'est paradoxalement au sein de la Cour suprême, que l'on trouve les décisions les mieux motivées, dont la richesse argumentaire tient au raisonnement de droit vu au travers du prisme de multiples disciplines non juridiques. C'est ce qui donne leur transparence et leur accessibilité aux arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis.¹³ La pratique des opinions divergentes était à l'origine plus fréquente dans les pays soumis à la *common law*. Aujourd'hui, cela concerne aussi les pays civilistes.

¹¹ F. RUEDA, "La motivation des décisions de la juridiction suprême du Royaume-Uni : une évolution dans la continuité", in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de HOURQUEBIE, F. et PONTHEOREAU, M.-C.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 2-4.

¹² F. RIGAUX, "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire" in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, 2004, p. 575.

¹³ P. MARTENS, "La motivation des décisions des cours suprêmes et constitutionnelles", *J.T.*, 2013/10, n°6515, p. 182.

Il est indéniable que ce type de procédé concorde commodément avec ce que l'on qualifie traditionnellement de "règle du précédent" ou *stare decisis*. Pour rappel, cela renvoie au rôle créateur de droit positif du juge dans les pays de *common law*. Tandis que nos magistrats ne peuvent s'appuyer que sur la loi pour établir et motiver un jugement, le juge de droit commun étant lié par sa jurisprudence antérieure à laquelle il n'hésitera pas à renvoyer si l'affaire en cause le justifie. En revanche, les juges d'outremer se voient accorder un plus grand pouvoir d'interprétation et une fonction créatrice de droit que ne possèdent pas nos juges européens.¹⁴

Toutefois, on constate que la pratique des opinions divergentes s'est progressivement répandue dans la majorité des pays d'Europe – vingt-et-un pays sur vingt-huit le permettent de manière plus ou moins étendue dans leurs juridictions – tandis que les Etats de *common law*, s'orientent plus majoritairement vers une limitation voire une interdiction de celles-ci.¹⁵ La pratique des avis divergents n'est donc plus, comme l'écrivait François Rigaux en 2004, le signe d'une appartenance à l'une ou l'autre culture judiciaire.¹⁶ Bien que certains Etats européens y demeurent réticents, la plupart d'entre eux ont intégré la pratique des opinions séparées.¹⁷ En réalité, sept Etats sur les vingt-huit membres actuels de l'Union européenne refusent encore que les opinions séparées – concordantes ou divergentes – voient le jour dans leur système judiciaire.

Chapitre 3 – Déclinaisons

Il existe une large palette d'opinions individuelles. Les juridictions internationales et nationales les ont instituées en leur sein sous des formes et conditions distinctes, ce qui prouve que le principe n'est pas figé dans un modèle type et s'adapte aux particularités structurelles, et culturelles de chaque pays.

¹⁴ F. RIGAUX, "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire", *op.cit.*, p.576.

¹⁵ R. RAFFAELLI, "Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres", *op.cit.*, p. 33.

¹⁶ F. RIGAUX, "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire", *op.cit.*, p. 589.

¹⁷ R. RAFFAELLI, "Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres", *op.cit.*, p. 33.

Les instances internationales sont assez largement favorables aux opinions séparées. Celles-ci se déclinent souvent de deux manières : les opinions dissidentes et concordantes.

On retrouve cette déclinaison dans l'article 74 § 2 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme qui énonce que *"tout juge qui a pris part à l'examen de l'affaire a le droit de joindre à l'arrêt soit l'exposé de son opinion séparée, concordante ou dissidente, soit une simple déclaration de dissentiment"*.

Un juge exprime sa "dissidence" lorsqu'il est en désaccord plutôt complet avec la décision majoritaire.¹⁸ La dissidence était à l'origine la première et unique forme d'opinion séparée reconnue par le droit international. Dans celle-ci, le juge développe une argumentation et propose une solution contraire à ce qui a été adopté dans l'arrêt. L'opinion séparée n'est toutefois pas toujours en contradiction totale avec l'avis majoritaire puisqu'il peut cibler une ou plusieurs parties de la décision.¹⁹

L'opinion individuelle concordante, quant à elle, est plus nuancée. Le professeur A.-P. Sereni la définit sous le terme générique "d'opinion individuelle" comme *celle qui énonce les motifs pour lesquels le juge, tout en concourant à la décision n'accepte pas en tout ou en partie la motivation du jugement*.²⁰ Le juge qui rédige une opinion concordante est en accord avec la décision adoptée puisqu'il vote avec la majorité. Toutefois, il émet une réserve quant aux motifs qui ont conduit à cette décision, et ce, de manière plus ou moins étendue. Cette opinion peut remplir plusieurs rôles dont celui de souligner l'hésitation, le regret quant au vote émis, ou encore de fournir des observations sur l'interprétation du droit national, ou plus catégoriquement des critiques à l'égard du jugement de la Cour.²¹ Dans tous les cas, le juge qui émet une opinion concordante se rattache à la décision majoritaire qu'il vient toutefois nuancer par des éléments exprimant une dissidence variable. Au contraire, l'opinion dissidente se

¹⁸ D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2007, n°6265, pp. 311.

¹⁹ F. RIVIERE, « Les opinions séparées des juges à la Cour européennes des droits de l'homme », Recension de *J.L.M.B.*, 2005, p.1343, *Rev. Trim. D. H.*, 2005, p. 126.

²⁰ A.-P. SERENI, "Les opinions individuelles et dissidentes des juges et tribunaux internationaux", *Rev. gén. dr. intern. publ.*, 1964, p. 821.

²¹ F. RIVIERE, « Les opinions séparées des juges à la Cour européennes des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 105 et s.

rattache nécessairement à un vote contraire à la majorité. C'est la forme la plus radicale de désaccord qu'un juge puisse exprimer.²²

A mi-chemin entre les deux, on trouve l'opinion partiellement dissidente et/ou partiellement concordante. Cette possibilité, inscrite à l'article 45 de la Convention permet de dessiner les contours de l'opinion séparée avec plus de subtilité que les deux catégories que sont la dissidence et la concordance. En effet, il est rare que l'avis exprimé en marge de l'arrêt soit exclusivement "pour" ou "contre" la décision. Il comporte souvent plusieurs nuances qui vont de la dissidence totale à une discordance secondaire, couplée alors à une concordance presque parfaite.²³

Au sein de la Cour suprême des Etats-Unis, cette pratique a pris un tel essor que les opinions minoritaires existent à présent dans un panel très varié. Leur nombre est tel qu'il est parfois difficile pour les praticiens du droit d'y dénicher la décision officielle. Certaines formes de dissidence seraient même de nature à générer des effets pervers dans le processus de vote, à l'image des *plurality opinions* dans lesquelles il serait impossible de dégager une majorité, les juges prenant chacun parti dans plusieurs groupes aux opinions inconciliables²⁴, ou encore le cas problématique des *tied votes*, qui suspend définitivement toute décision par une parfaite et inextricable égalité des votes.²⁵

²² W. MASTOR, "Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français", *Cour de cassation*, le mardi 18 octobre 2005, www.courdecassation.fr.

²³ F. RIVIERE, « Les opinions séparées des juges à la Cour européennes des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 125 et s.

²⁴ W. MASTOR, "Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français", *Cour de cassation*, le mardi 18 octobre 2005, www.courdecassation.fr.

²⁵ F. RIGAUX, "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire", *op.cit.*, p.576.

Partie II – Le secret du délibéré : un obstacle séculaire

Préalablement à tout autre développement, il est à noter que l'interdiction de la communication externe des opinions individuelles n'est pas nécessairement incompatible avec le secret du délibéré. En effet, certains ordres juridiques autorisent la dissidence ou divergence des juges tout en conservant le huis clos dans les délibérations.²⁶ C'est aussi le cas de la Cour européenne des droits de l'homme.²⁷ En Belgique, comme en France, c'est pourtant bien le caractère confidentiel du délibéré qui justifie qu'aucune opinion divergente ne puisse être divulguée.

Nous pouvons déjà soulever la question de la pertinence d'une telle justification. En quoi maintenir le secret des discussions collégiales serait-il incompatible avec la révélation d'un désaccord personnel ? Depuis que des opinions divergentes peuvent être communiquées par des juges siégeant au sein de sa Cour constitutionnelle, l'Allemagne a démontré que les deux règles peuvent coexister. La majorité des décisions sont prises à la majorité selon la coutume collégiale, tout en respectant l'existence d'éventuelles conceptions minoritaires au sein du collège.²⁸ En réalité, une confusion existe. Le juge peut communiquer une opinion divergente sans révéler ni le vote, ni l'opinion individuelle des autres juges, excepté au sein d'une formation à trois magistrats. Dans ce cas, une simple déduction suffit à le découvrir.

Une compatibilité de fait existe, comme nous le prouvent certains ordres juridiques étrangers. Peut-on alors valablement justifier l'interdiction de la communication des opinions individuelles par le secret du délibéré ? Nous ne pourrions en tout cas considérer qu'il s'agit d'un empêchement impérieux, comme une certaine partie de la doctrine tend à le faire croire.

Chapitre 1 – Présentation du principe

Section 1 – Définition et portée

²⁶ R. RAFFAELLI, "Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres", *op.cit.*, p. 8.

²⁷ Voy. Les articles 22 et 74 du règlement de la Cour ; D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 310

²⁸ R. RAFFAELLI, "Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres", *op.cit.*, p. 10.

Le secret du délibéré est la règle qui impose aux juges d'une assemblée collégiale de garantir la confidentialité des débats durant toute phase quelconque de l'instance. Autrement dit, il ne couvre pas uniquement la période de délibéré, mais tous les débats, toutes les discussions que pourraient entretenir les magistrats dans une affaire tombant sous l'empire de leur juridiction.²⁹ Les différents échanges entre juges au cours de la procédure restent non seulement hors de portée des parties et de leurs conseils mais ils ne peuvent pas non plus être divulgués à d'autres praticiens du droit, quand bien même il s'agirait d'une simple relecture stylistique. Récemment, la Cour d'appel de Gand a ainsi condamné sur le plan pénal une conseillère de la Cour d'appel de Bruxelles car celle-ci avait communiqué à une collègue un projet d'arrêt "*en vue d'un toilettage d'ordre linguistique*".³⁰

La règle trouverait même à s'appliquer si un juge refusait d'apposer sa signature en bas d'une décision de justice, comme ce fut le cas dans "*l'affaire Monin*" en 2005.³¹ Toute "désolidarisation" envers la décision collégiale semble donc porter atteinte au secret du délibéré. Bien entendu, toute communication individuelle qui viendrait faire apparaître une dissension parmi les juges et dévoiler leurs points de vue personnels serait également de nature à porter atteinte au secret du délibéré.

Section 2 – Origines

Selon François Rigaux, le secret du délibéré puise ses origines dans "*la conception régaliennne du pouvoir des juges*", en ce que le rôle du magistrat était de proclamer la volonté du souverain. Traditionnellement, les jugements exprimaient donc une volonté unique. Selon une doctrine majoritaire, c'est sur cette apparence d'unanimité que repose, la légitimité des jugements. Les décisions de justice belges attestent encore aujourd'hui de cette tradition puisque figure toujours dans le préambule de leur dispositif : "Nous Albert II, Roi des Belges...".³²

²⁹ J. ENGLEBERT, "Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants, *DAOR*, 2009, p. 276.

³⁰ P. MARTENS, "Solitude du juge et cohérence du droit", *J.T.*, 2013, p.805 ; Cass 13 mars 2012, *Pas.*, n°166.

³¹ J. ENGLEBERT, "Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants, *op.cit.*, p. 280.

³² F. RIGAUX, "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire", *op.cit.*, p. 573 ; Article 40, alinéa 2 de la Constitution.

D'après Paul Martens, cette règle a *"imperturbablement traversé l'histoire, résistant au désenchantement du monde et à la laïcisation du droit"*.³³ Beaucoup d'autres auteurs les rejoignent sur ce point : le secret du délibéré semble être un *"reliquat du droit canonique"* qui a créé l'illusion que la décision de justice devait répondre aux mêmes traits et exigences que la parole divine : être unique, sans équivoque et empreinte d'une *"mystique de vérité"* qui transcende tout et ne pourrait être contredite.³⁴

C'est la conception qui a dominé les systèmes étatiques absolutistes jusqu'à leur renversement par les mouvements révolutionnaires et postrévolutionnaires. Tous les niveaux de pouvoir étaient assujettis à un dirigeant dont la parole n'aurait pas toléré la moindre contestation. Cette vision du pouvoir, nourrie par la culture du secret et l'obscurantisme a laissé son empreinte dans le fonctionnement de la justice. La Révolution n'a pas eu d'incidence sur le secret des délibérations. Le divin s'est effacé au profit de la démocratie mais le pouvoir judiciaire exprime toujours une volonté unique : la volonté générale.³⁵

Un jugement quand rien ne trahit la règle du secret du délibéré est dans l'apparence un jugement unanime. Toute hésitation, prise de position, divergence d'opinion qui percerait le caractère occulte des délibérations et transparaîtrait publiquement pourrait se voir sanctionnée.

Il demeurerait donc une trace indélébile des traditions ecclésiastiques profondément ancrées dans notre culture juridique. Dans son étude sur *"le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence"*, Yannick Lécuyer dresse l'inventaire des différentes preuves qui révèlent cette influence sur notre droit, au travers du vocabulaire et de certaines formulations utilisées par le législateur ou les rédacteurs de traités et conventions internationaux.³⁶ Ce ne sont bien sûr pas des hasards, tout ordre juridique porte le poids de ses traditions. Toutefois, elles ne peuvent plus justifier à elles-seules le maintien du secret absolu des délibérations.

³³ P. MARTENS, "Solitude du juge et cohérence du droit", *op.cit.*, p. 805.

³⁴ Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *Rev. Trim. D. H.*, 2004, p. 201.

³⁵ *Ibid.*, p. 203.

³⁶ *Ibid.*, p. 202 ; Lécuyer fait par exemple ici référence à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 dans lequel le droit de propriété est qualifié "d'inviolable et sacré" ou encore aux termes du serment de la magistrature française presque cléricaux.

Quels motifs subsistent-ils aujourd'hui pour que l'on place les débats collégiaux sous une chape de béton ? Quels en seraient les avantages ? Aussi nobles soient les intérêts qu'elle entend protéger, la stricte confidentialité dans les délibérations vient questionner les grands principes contemporains que sont la transparence et l'indépendance du magistrat.³⁷

Section 3 – Fondements juridiques

Sous-section 1 – Le secret professionnel

Outre qu'il soit érigé en principe général de droit par la Cour de cassation³⁸, le secret du délibéré est garanti sur le plan pénal. Il est assimilé par l'article 458 du Code pénal au secret professionnel, dont la violation est passible de poursuites pénales allant jusqu'à une peine d'emprisonnement.

Dans un arrêt du 13 mars 2012 relatif à *l'affaire Fortis*, la Cour de cassation confirme *"qu'hormis les exceptions légalement prévues, les juges doivent conserver le secret du délibéré auquel ils ont pris part. L'inobservation de ce devoir de confidentialité est sanctionnée par l'article 458 du Code pénal"*.³⁹ De plus, l'arrêt affirme que la phase couverte par le secret est plus large que le délibéré lui-même puisqu'il protège toute opinion du juge, bien qu'elle n'ait pas encore été collégalement délibérée. Toutefois, la disposition pénale ne s'applique pas s'il est établi que le magistrat a communiqué les informations en question *"à des tiers mus par le même objectif et pour le compte du même mandant et si cette communication est par ailleurs nécessaire et pertinente dans le cadre de la mission du dépositaire du secret"*.⁴⁰ On songe notamment au greffier.

³⁷ P. MARTENS, "Solitude du juge et cohérence du droit", *op.cit.*, p. 806.

³⁸ Cass., 26 mai 1986, *Pas.*, 1986, vol. I, p. 1194

³⁹ La Cour de cassation confirme en 2012 ce qu'elle avait établi dans deux arrêts de 1953. Elle y rattachait le secret du délibéré à un principe général de droit ; Cass., 4 mai 1953, *Pas.*, 1953, I, 673 et 6 juillet 1953, *Pas.*, 1953, I, 878.

⁴⁰ Cass., 13 mars 2012, *Pas.*, 2012/3, pp. 578-585.

L'arrêt constate une violation de la confidentialité des débats par une magistrate dans le cadre de l'*affaire Fortis*. C'est lors de cette affaire que la question des opinions divergentes a été réexaminée avec le plus d'attention.⁴¹

S'il peut paraître à première vue que la lourdeur de la sanction excède la gravité de la faute commise par le magistrat, on constate que les condamnations sont dans les faits extrêmement rares alors que la transgression est fréquente. Les deux cas de jurisprudence précédemment cités ont cela en commun que la violation du secret professionnel alléguée vient s'inscrire dans un contexte judiciaire particulièrement houleux et médiatisé. Sans entrer dans le détail, le *Fortisgate* a lâché une bombe dans le monde politique et judiciaire belge puisque l'affaire est à l'origine de la démission du gouvernement Leterme en 2008. L'investigation avait en effet mis en lumière des suspicions de pression de l'exécutif sur les magistrats qui traitaient du démantèlement du groupe Fortis. C'est sans doute pour cette raison que la divulgation de certaines données relatives au scandale a été observées d'un œil particulièrement sévère. Quant à "*l'affaire Monin*", il s'agissait d'une affaire de mœurs dans laquelle le juge Luc Monin avait refusé de signer la décision qui condamnait l'ancien directeur de l'ASBL "Maison de nos enfants" à une peine d'emprisonnement pour viols et attentats à la pudeur sur des enfants. Bien que les motifs de son refus n'aient eu aucun lien direct avec son appréciation personnelle des faits, c'est la gravité de ceux-ci couplée à un refus flagrant d'entériner la décision qui a certainement conduit à une condamnation pénale. Hormis ces cas particuliers, les condamnations sont rares.

Le principe de secret du délibéré est donc décrit comme étant une application particulière du secret professionnel, ce que la jurisprudence a réaffirmé à plusieurs reprises. A cet égard, nous nous interrogeons sur le champ d'application de l'article 458 du code pénal et sur la cohérence d'appliquer celui-ci aux délibérations des juges. Le secret professionnel scelle le secret sur les informations personnelles qu'une personne fournit à ses confidents nécessaires. En ce sens, l'article 458 du Code pénal remplit tout à fait sa fonction puisqu'il sanctionne ceux que la loi cite comme étant "*les dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie*"⁴², pour toute indiscretion de leur part. X. De Riemaeker décrit ces "*confidents obligés*" comme

⁴¹ P. MARTENS, "Solitude du juge et cohérence du droit, *op.cit.*, p. 806.

⁴² X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Statut et déontologie des magistrats », Bruxelles, La Charte, 2003, p. 315.

ceux qui exercent une profession d'intérêt public. Médecins, pharmaciens, agents de police, avocats ou juges ; tous recueillent, par l'exercice de leur fonction, des données personnelles, "*des faits ignorés, souvent de nature à porter atteinte à l'honneur, à la considération ou à la réputation des personnes, touchant à leur intimité*". De ce fait, ils sont considérés, pour le bien de la société, comme des personnes de confiance, malheureusement susceptibles d'en abuser.⁴³ C'est contre ce potentiel abus de confiance que le secret professionnel et son cadre légal sont nécessaires.⁴⁴

Or, il n'est nullement question d'abus de confiance en ce qui concerne le secret du délibéré. La raison est simple : le secret professionnel et le secret du délibéré ne poursuivent pas le même objectif. Tandis que le premier protège le justiciable, le second tend à garantir qu'aucun magistrat ne puisse révéler son interprétation personnelle des faits, pour créer l'illusion d'une unanimité parfaite au sein du collège.

Comme le souligne très justement Jacques Englebert, le secret du délibéré ne porte pas sur les faits contenus dans le dossier du justiciable mais sur "*des opinions et sur un processus décisionnel*" qui se construisent à partir des faits.⁴⁵

La pratique des opinions séparées ne fait pas l'unanimité dans tous les Etats du monde. Chacun d'eux a développé sa propre doctrine pour justifier ou non le maintien du secret des délibérations. Les arguments qui se recoupent et qui restent les plus courants entre les différentes appréciations sont liés à l'autorité morale de l'arrêt, à sa clarté et à l'indépendance du magistrat. Aucun d'eux ne fait référence à un quelconque risque de divulguer les données relatives à la vie privée du justiciable. Autrement dit, toutes ces finalités aspirent à protéger le juge contre les atteintes qui pourraient être faites à son indépendance, à sa réputation, à l'autorité de son jugement. La doctrine insiste surtout sur le droit au secret que possèdent les magistrats et l'impossibilité de les contraindre à violer le secret des votes.⁴⁶ En dévoilant le contenu des délibérations, ce ne sont pas tant les intérêts personnels du justiciable qui seraient

⁴³ X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, *Statut et déontologie des magistrats*, *op.cit.*, p. 307.

⁴⁴ J. ENGLEBERT, "Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants", *op.cit.*, p. 276.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 277.

⁴⁶ *Pandectes belges*, v° « Secret professionnel », n°154 ; *Pandectes belges*, v° « Magistrats », n°211 ; v° « Juge », n°90

mis en péril, que ceux du magistrat, qui pourrait être critiqué pour sa position adoptée dans une affaire. Si l'un des juges décidait de rendre publique une opinion séparée ou refusait de signer la décision, il dévoilerait indirectement l'opinion et le vote des autres juges.⁴⁷

Comment justifier dès lors que le secret des délibérations se rattache à l'article 458 du code pénal ? Il n'est pas cohérent qu'un principe destiné à sauvegarder l'indépendance des magistrats se voie intégré dans un cadre légal limitant celle-ci. Nous aurons l'occasion de développer cette question ultérieurement.

Sous-section 2 – Un principe général de droit public

Avant de considérer qu'en vertu des termes généraux de la loi, le secret du délibéré entraine dans la définition de l'article 458 du code pénal⁴⁸, celui-ci trouvait son fondement dans deux arrêts de 1953. En effet, on ne trouvait nulle part dans la loi, ni dans le serment judiciaire⁴⁹ l'interdiction faite aux magistrats de dévoiler les dessous du processus décisionnel. La jurisprudence de 1953 est venue porter le principe de secret dans les délibérations au rang d'un principe général de droit public *"qui gouverne l'exercice du pouvoir juridictionnel et intéresse les droits de la défense"*.⁵⁰ Comment doit-on comprendre le caractère d'ordre public du secret ? Il semble que cette notion désigne de manière assez universelle une convenance qui s'attache à toute délibération judiciaire, qu'il s'agisse de juges professionnels ou de jurys populaires.⁵¹

En réalité, notre Cour de cassation avait déjà reconnu ce principe comme étant exempt de base légale auparavant. Dans un arrêt de 1858, elle évoque même sa sanction car elle dit que *"sa divulgation pourrait, selon les circonstances, donner lieu à des poursuites disciplinaires"*.⁵² Chaque profession possède son propre code de déontologie. La magistrature n'y échappe pas : chacun de ses membres répond d'un devoir de sincérité et de loyauté tant vis-à-vis de son collègue et des autres représentants de sa profession que du citoyen lambda pour qui il doit dire

⁴⁷ J. ENGLEBERT, "Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants, *op.cit.*, p. 278.

⁴⁸ L'article 458 du code pénal mentionne assez largement "toutes les personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie".

⁴⁹ Contrairement à leurs homologues français qui jurent de "garder religieusement le secret des délibérations" ; Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 6.

⁵⁰ Cass., 4 mai 1953, Pas., 1953, I, 673 et 6 juillet 1953, Pas., 1953, I, 878.

⁵¹ J. ENGLEBERT, "Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants, *op.cit.*, p. 285.

⁵² R.P.D.B., t. VII, v° « Jugements et arrêts », p. 333, nos 175 et 176 ; Cass., 14 juin 1858, Pas., 1858, I, 263.

le droit. Toute violation de ce code constitue une faute disciplinaire et entraîne une sanction adaptée.⁵³

Même si l'on ne peut totalement exclure l'application du secret professionnel pour tout ce qui a trait à la vie privée du justiciable, il semble toutefois plus cohérent de classer le secret du délibéré parmi les principes généraux, pour autant que l'on considère qu'il a toujours sa place dans notre ordre juridictionnel. Les principes généraux du droit font partie des sources du droit, étant des normes non écrites qui protègent les intérêts de la société plutôt que les intérêts privés des justiciables.⁵⁴ Or cette opposition entre intérêts collectifs et privés existe à l'intérieur même du secret dans les délibérations : par l'exercice de sa profession, le magistrat devient dépositaire de faits et données concrètes qu'il ne peut risquer de divulguer.

Toutefois, tel n'est pas l'objet de ce travail. Nous ne cherchons pas à faire prévaloir, en contestant l'application de l'article 458 du code pénal, une sanction disciplinaire. C'est une question distincte et difficile puisque la Cour de Cassation a jugé qu'une violation du secret des délibérations doit être examinée sous l'empire de la loi pénale.⁵⁵

Au contraire, nous nous emploierons dans les prochains chapitres à analyser dans quelle mesure le secret du délibéré est toujours justifié dans notre ordre juridictionnel, quels sont les arguments en sa faveur qui paraissent valables ? Quelles sont les justifications qui doivent être écartées ? Cette étude aboutira à considérer l'opportunité l'introduction éventuelle des opinions séparées au sein de la Cour constitutionnelle.

Chapitre 2 – Les justifications données au secret du délibéré

Nous avons pu détailler *supra* le fondement historique du secret du délibéré. Toutefois, il ne saurait reposer uniquement sur des motifs historiques, quand bien même il y serait encore étroitement lié. La confidentialité des débats judiciaires se justifie selon certains auteurs par des motifs plus contemporains.

⁵³ J. ENGLEBERT, "Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants, *op.cit.*, p. 279.

⁵⁴ P. MARTENS, "Solitude du juge et cohérence du droit", *op.cit.*, p. 807.

⁵⁵ Cass., 24 janvier 2007, n° P.06.1399.F, www.cass.be.

La doctrine est assez divisée quant au bien-fondé de la pratique des opinions individuelles. Comme nous l'avons déjà souligné, la plupart des pays de l'Union européenne y ont adhéré. Les autres continuent d'y opposer des arguments que l'on ne peut vraiment qualifier d'incohérents. L'institution a ses détracteurs et ses adhérents. Toutefois, on peut noter que chacun d'eux utilise les mêmes arguments pour défendre sa cause. D'un côté comme de l'autre, les arguments sont liés à l'autorité morale de l'arrêt et à l'indépendance du magistrat. Les opinions séparées sont alors, eu égard à ces arguments, perçues tantôt comme un danger, tantôt comme une plus-value. C'est d'ailleurs ce qui fait leur caractère tant controversé : elles peuvent être défendues et combattues avec les mêmes armes.

Section 1 – Affaiblissement de l'autorité morale de la décision

Chez ceux qui défendent aujourd'hui le secret du délibéré et l'interdiction de l'expression des opinions individuelles, il y a la crainte de l'affaiblissement de l'autorité morale de l'arrêt. Certains auteurs sont en effet convaincus du fait que la collégialité garantit la force des décisions de justice.

Quelles sont les raisons qui poussent à considérer que briser l'unanimité d'une décision pourrait affaiblir son autorité morale ? Il semble que cela résulterait à la base d'une conception de la justice *"désincarnée, rendue par des juges qui ne décident pas en leur nom mais en tant que titulaires de cette fonction pour le compte du peuple"*.⁵⁶ Cela nous ramène directement aux origines du secret des délibérations et à son caractère sacré. Nous avons pu constater que celui-ci avait été érigé comme un principe gouvernant la phase délibérative pour garantir que le justiciable accueille la décision comme étant le résultat d'une volonté unique. Cela a certainement pu convenir, ou plutôt correspondre à un système de droit dominé par le dogme religieux et l'obscurantisme. Toutefois, cette tradition nous paraît aujourd'hui désuète. Quand bien même la voix du collège représenterait aujourd'hui la volonté populaire, conformément à l'idéologie démocratique, le caractère impénétrable du processus décisionnel trouve ses limites face à des exigences de droit contemporaines.

⁵⁶ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », Thèse, Limoges, 2007, p. 39.

Sous-section 1 – Juger : un travail humain

Il serait illusoire de croire que la décision de justice est réellement l'expression d'une volonté unique. L'unanimité absolue n'existe pas plus chez les magistrats que chez leurs concitoyens. Rationnellement, il est impensable qu'un ensemble de sept à douze juges ne connaisse aucune dissension, aucune divergence d'opinion. Parallèlement, deux opinions qui prennent *a priori* la même direction peuvent concrètement adopter plusieurs nuances et interpréter certains points de droit d'une manière différente. L'opinion concordante peut exprimer plusieurs degrés de dissidence, se rapprochant tantôt de la majorité, tantôt de l'opinion minoritaire.⁵⁷

En réalité, toute délibération judiciaire expérimente la confrontation des opinions et la décision qui en résulte reflète souvent un compromis au sein du collège. Le justiciable d'aujourd'hui ne se laisse plus duper par une motivation faiblarde ou expéditive. Il sait que la décision n'est pas adoptée à l'unanimité et il attend du jugement qu'il reflète les débats, discussions, hésitations et dissensions propres au vote à la majorité. Autrement dit, toute la richesse argumentaire du délibéré. Paul Martens souligne à juste titre que *"la psychanalyse et la sociologie nous ont trop éclairés sur les mystères de l'âme humaine et sur les travers des groupes humains pour qu'on puisse encore exiger du justiciable qu'il se contente d'une motivation autoritaire et univoque alors qu'il vit dans un monde pluraliste et qui se veut égalitaire"*.⁵⁸

Néanmoins, certains juges objecteront toujours qu'une réforme pourrait freiner toute tentative de compromis et provoquer le repliement sur soi, sans fournir le moindre effort pour convaincre ses pairs.⁵⁹ Or, si l'on adopte la position inverse, les opinions séparées pourraient être perçues comme un avantage pour le processus décisionnel et la motivation subséquente. La légalisation de cette pratique aurait la vertu d'inciter les juges à aboutir à un réel consensus intégrant les opinions de chacun et à argumenter plus solidement leur point de vue.

⁵⁷ D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 311.

⁵⁸ P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis*, *op.cit.*, p. 21.

⁵⁹ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p. 41.

Toutefois, on ne peut éviter quelques effets pervers. En effet, la diffusion d'une opinion individuelle pourrait être regardée comme un moyen de pression plutôt qu'un moyen d'expression. Bien entendu, cela suppose que les juges dissidents aient exposé les motifs de leur dissidence à leurs pairs, préalablement au prononcé de la décision. Yannick Lécuyer parle d'une sorte "*d'épée de Damoclès suspendue au-dessus des juridictions collégiales*".⁶⁰ Or, dans certains cas, il vaut mieux éviter toute dissidence et faire croire à l'unanimité pour mieux faire accepter la décision. C'est le cas en matière pénale, par exemple. Les décisions pénales tranchent des situations dont les enjeux sont décisifs pour les parties. L'une ou l'autre des parties pourrait se sentir frustrée de découvrir une dissension au sein du collège. Dans le cas éventuel d'une totale transparence, une décision défavorable rendue à faible majorité pourrait, si cette dernière était connue des parties, leur sembler injuste : à un ou deux votes près, l'issue eût été toute autre. Il serait compréhensible que le justiciable soupçonne une grande part de subjectivité dans cette démarche vers la personnalisation.⁶¹

En réalité tout processus décisionnel repose sur une série de facteurs qui peuvent orienter l'acte de juger. Cela peut varier d'une juridiction à une autre. Paul Martens note sur ce point qu'il existe une typologie des délibérés. Selon les catégories qu'il recense, l'auteur observe parfois une asymétrie dans la formation de jugement. Ainsi, au sein du tribunal du travail, composé d'un juge professionnel et de deux assesseurs issus de la société civile, il est très rare que ces derniers s'opposent à leur président qui verra pratiquement toujours son avis primer lors de la décision finale. L'inégalité de fait repose dans ce cas sur la différence de qualification professionnelle requise dans le chef des magistrats.⁶² Dans certains collèges, il peut en outre exister une hiérarchie dissimulée où l'un des juges joue le rôle de leader, sans qu'il lui soit légalement conféré. Martens qualifie celui-ci de "*juge charismatique*". Doté de qualités relationnelles, il manœuvre subtilement le reste du groupe pour qu'il suive sa logique. Dans certaines structures, cette hiérarchie est apparente. Ainsi l'article 56 de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelles énonce qu'en séance plénière de la Cour, la voix du président est prépondérante en cas de parité des voix. Toutefois, on constate que ce dernier rechigne à exercer cette prérogative dans la majorité des affaires, préférant suivre la voie du consensus.

⁶⁰ Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 211.

⁶¹ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p. 43.

⁶² P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", *op.cit.*, p. 14.

C'est le compromis qui est privilégié à la Cour. Cela traduit le caractère sensible et précaire de la chose jugée et s'exprime dans des arrêts qui manquent parfois de clarté, de cohérence entre les motifs et le dispositif, indices de concessions faites au sein du groupe.⁶³

Ainsi, la réalité judiciaire démontre que l'autorité morale d'une décision est loin de reposer uniquement sur le secret. L'unanimité ou la concordance parfaite des opinions n'existent pas. De même, si tous les magistrats sont formés aux mêmes tâches et soumis aux mêmes obligations d'indépendance et d'impartialité, ils ne peuvent concrètement se défaire d'une certaine subjectivité, après tout bien humaine.

Si cette réalité n'est pas encore acceptée dans notre ordre juridictionnel, beaucoup d'Etats ont quant à eux adopté cette vérité décomplexée, issue des systèmes de droit anglo-saxons. Antoine Garapon utilise d'ailleurs une formule très juste pour l'exprimer en écrivant que « *lorsque plusieurs juges délibèrent ensemble, c'est une somme de personnalités, pas un sujet collectif* ». ⁶⁴ En Belgique, comme en France, on fait preuve de plus de déférence vis-à-vis de la fonction du magistrat que de sa personne, entretenant la conviction que tout épanchement personnel traduirait une *"justice qui hésite, pèse le pour et le contre et se contredit"* ⁶⁵, ce qui serait préjudiciable à sa légitimité. Cela prouve bien que c'est moins l'affaiblissement de l'autorité morale de la décision qui effraie qu'une atteinte globale à la légitimité de l'institution judiciaire.

Sous-section 2 – Valeur et portée non-juridique de l'opinion séparée

Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, les opinions divergentes font craindre un affaiblissement de l'autorité de la décision. Il s'agit d'un affaiblissement de nature psychologique et non juridique. En Belgique, les actes juridictionnels acquièrent force de chose jugée lorsque la décision est devenue définitive, autrement dit lorsqu'elle n'est plus susceptible d'aucune voie de recours.⁶⁶ La chose jugée s'attache au dispositif de la décision et aux motifs décisifs et uniquement à ceux-ci. Il n'est pas question que l'opinion dissidente en bénéficie.⁶⁷

⁶³ P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", *op.cit.*, pp. 15-16.

⁶⁴ A. GARAPON, "Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire", coll. Opus, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 313.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 148.

⁶⁶ Article 28 du Code judiciaire.

⁶⁷ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p.52.

La controverse porte donc uniquement sur l'aspect moral, intellectuel du dissentiment. Les détracteurs des opinions individuelles craignent que la décision soit non pas contestée en justice, mais critiquée et mal reçue par les parties ou par l'opinion publique.

Quelle portée attribuer alors aux opinions individuelles ? D'aucuns peuvent penser qu'elles ont une portée propre, en raison de la qualité de leur auteur. Bien qu'elles soient rédigées par l'un des membres appartenant à la juridiction, il semble plus cohérent de leur accorder une valeur doctrinale. Des critiques de la jurisprudence existent déjà dans la doctrine sous la forme de commentaires d'arrêts ou de notes sous décisions publiées dans les revues de droit. Or, ceux-ci n'ont jamais été considérés comme défiant l'autorité des décisions auxquelles ils se rapportent.⁶⁸

En outre, les détracteurs des opinions séparées redoutent le degré d'influence de l'auteur. Nous avons relevé *supra* qu'il serait souhaitable d'aller vers plus de personnalisation lors du délibéré. Toutefois, il ne faut pas opérer de confusion entre le processus de décision et l'autorité morale de la décision. Yannick Lécuyier rappelle qu'une juridiction n'est pas « *la somme de ses composants* » mais « *une transcendance qui fonde sa propre autorité et à laquelle l'autorité de ses membres ne peut s'opposer* ». ⁶⁹ Il serait absurde que l'autorité morale de la décision résulte de l'addition des autorités respectives des magistrats. Cela reviendrait à faire dépendre le crédit d'une décision du nombre de juges siégeant dans la juridiction collégiale, de leur position, de leur réputation ou de leurs performances passées. Dans une certaine mesure, ce type de raisonnement irait à l'encontre du principe d'impartialité et du principe de collégialité lui-même.

Sous-section 3 – La force et la raison

Traditionnellement, les Etats qui sont encore opposés aux opinions séparées y voient le risque de porter atteinte à la légitimité de l'institution judiciaire. C'est pour cette raison que la motivation de la décision devrait se contenter de la partie émergée du travail de délibération. Pourtant, celle-ci gagnerait en autorité si elle reposait sur une « *argumentation rationnelle exhaustive* », plutôt que sur l'ignorance. A puissance égale, la transparence et le secret ne

⁶⁸ Y. LECUYIER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 210.

⁶⁹ *Ibid.*

produisent pas les mêmes effets. La première remplit parfaitement l'exigence de motivation cohérente tandis que la deuxième prend le risque de créer une distorsion entre le fait et le discours.⁷⁰

Section 2 – Atteinte à l'indépendance des juges

L'indépendance du magistrat est l'un des arguments majeurs qui entrave encore la communication des opinions séparées dans certains ordres juridiques tels que la Belgique. Les partisans de cette théorie estiment que le secret du délibéré protège les juges de l'exécutif en donnant à ceux-ci une totale liberté d'expression lors des délibérations.⁷¹ De ce point de vue, le juge est libre de se positionner pour ou contre le gouvernement ou à l'administration. Dans le cas inverse, il pourrait faire l'objet de pressions politiques de l'exécutif destinées à orienter son vote, parfois contre ses convictions.⁷²

Sous-section 1 – Une indépendance de droit

L'indépendance du magistrat n'est pas de fait mais de droit. En Belgique, elle est consacrée par l'article 151 de la Constitution qui implique que le juge puisse « *statuer en toute conscience concernant le litige dont il est saisi sans qu'il doive se justifier vis-à-vis d'une autorité quelconque* ». ⁷³ Autrement dit, le magistrat ne peut être mis en cause pour les décisions prises, ni pour les propos tenus dans l'exercice de sa fonction. Il est légalement affranchi de toute influence ou intimidation de l'exécutif. Il pourrait donc exprimer sa dissidence en toute impunité, dans le respect que lui impose son devoir de discrétion.⁷⁴ En outre, les juges de l'ordre judiciaire belge sont nommés à vie.⁷⁵ Ce système garantit que leur vote ou leur liberté de parole ne soient pas corrompus par la perspective de leur renouvellement.⁷⁶

⁷⁰ Y. LECUYIER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 209.

⁷¹ *Ibid.*, p. 204.

⁷² *Ibid.*, p. 205.

⁷³ X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Statut et déontologie des magistrats », *op.cit.*, p. 9.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 310.

⁷⁵ Article 152 de la Constitution.

⁷⁶ P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", *op.cit.*, p. 17.

Par conséquent, si les partisans du secret considèrent que ce dernier protège l'indépendance des magistrats, cette protection ne peut être que marginale puisqu'elle est déjà solidement garantie sur le plan constitutionnel. Dans ces conditions, divulguer une dissidence semble logiquement s'inscrire dans le prolongement de cette indépendance. Selon Teresa Freixes, cela garantit l'indépendance et l'impartialité du juge « *en assurant la publicité de leurs positions juridiques personnelles* ». ⁷⁷

Sous-section 2 – Un principe strictement encadré

De surcroît, le principe d'indépendance ne permet pas au juge de faire et de dire ce qu'il veut. Sa liberté d'action et de parole est bien plus censurée qu'on ne le croit.

Comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, la fonction de juger est entourée d'obligations déontologiques. Parmi celle-ci, les devoirs de discrétion et de réserve imposent au juge de traiter les informations confidentielles dont ils ont à connaître avec prudence et retenue. ⁷⁸ La violation de ce devoir est sanctionnée sur le plan déontologique et pénal. ⁷⁹ Il a également un devoir de loyauté et d'objectivité en lien avec ses obligations d'indépendance et d'impartialité. La loyauté exige que tous les justiciables soient traités sur un pied d'égalité, dans le respect des droits de la défense. L'objectivité, elle, nécessite que le magistrat agisse sans pression des politiques ou de sa hiérarchie, en laissant de côté ses convictions personnelles. ⁸⁰

En outre, la rigueur de sa fonction vient également s'immiscer dans sa vie privée. Le juge a le devoir de « *rester au-dessus de la mêlée* ». ⁸¹ Autrement dit, il doit garder une certaine distance quant à certaines opinions pour continuer à incarner le symbole de confiance en l'institution judiciaire. Le devoir de réserve lui impose de mener une vie personnelle « *aussi irréprochable*

⁷⁷ T. FREIXES, "La pratique des opinions dissidentes en Espagne", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°8, p. 14, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-espagne.52543.html>.

⁷⁸ B. INGHELS et F. STEVENART MEEUS, "Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ?", in *L'entreprise et le secret*, (sous la direction de CASSIERS, V. et GILSON, S.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 317.

⁷⁹ Article 458 du Code pénal.

⁸⁰ X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Statut et déontologie des magistrats », *op.cit.*, p. 310.

⁸¹ X. DELGRANGE, et N. LAGASSE, "La liberté d'expression du juge : Comment descendre de sa tour d'ivoire en demeurant au-dessus de la mêlée ?", in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 198.

que possible ».⁸² De nombreux magistrats s'insurgent contre cette limitation à leur liberté d'expression. Interprétée strictement, elle constitue effectivement une atteinte à leur liberté fondamentale. Toutefois, cette atteinte est justifiée. En choisissant la magistrature, le juge devient le garant des droits et libertés fondamentaux du justiciable. Il est légitime pour ce dernier d'attendre que la personne qui le condamne ou le punit respecte lui-même la loi de manière irréprochable.⁸³ De même, le magistrat perdrait toute apparence d'impartialité s'il pouvait manifester publiquement son avis sur n'importe quelle question qui fait débat, qu'elle soit politique, juridique, économique ou éthique.⁸⁴

Cette problématique est régulièrement soulevée par la doctrine. L'affaire K.A et A.D de la Cour européenne des droits de l'homme en est un bel exemple. Dans celle-ci un magistrat s'était adonné à des pratiques sadomasochistes extrêmement violentes. Il avait fait l'objet d'une condamnation pénale et avait été destitué de sa fonction de juge. L'arrêt soulève des interrogations en termes de limites à la liberté sexuelle. Jean-Louis Renchon estime que la Cour prône un trop grand libéralisme au détriment des garde-fous que sont la morale et le respect de l'intégrité physique et morale.⁸⁵ Sans porter de jugement de valeur sur les faits, on imagine difficilement qu'un magistrat continue à exercer sa fonction après de tels agissements. Cela pourrait heurter certains justiciables, surtout dans le cas où ledit juge serait amené à statuer sur des faits similaires.⁸⁶

En conclusion, nous sommes d'avis que les adversaires des opinions séparées redoutent à tort une personnalisation excessive du juge et des oppositions continues au sein du collège. En réalité, la liberté d'expression du juge est déjà strictement encadrée par des règles de droit et des règles déontologiques. Ce qui s'applique à la phase de délibéré et à la prise de décision ne fait pas exception pour la communication d'une opinion séparée. De par son appartenance à la formation collégiale et sa participation aux délibérations, le juge dissident se doit de respecter les devoirs de discrétion, de réserve, de loyauté et d'objectivité qui s'imposent à tout magistrat.

⁸² X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Statut et déontologie des magistrats », *op.cit.*, p. 311.

⁸³ X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Statut et déontologie des magistrats », *op.cit.*, p. 311.

⁸⁴ X. DELGRANGE, et N. LAGASSE, "La liberté d'expression du juge : Comment descendre de sa tour d'ivoire en demeurant au-dessus de la mêlée ?", *op.cit.*, p. 199.

⁸⁵ J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? A propos de l'arrêt K.A c. Belgique du 17 février 2005 de la C.E.D.H, Bruxelles, Bruylant, *L.G.D.J.*, 2007, p. 1315.

⁸⁶ X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Statut et déontologie des magistrats », *op.cit.*, p. 311.

Dans ces conditions, c'est plutôt l'interdiction des opinions séparées qui va à l'encontre du principe d'indépendance.⁸⁷

Sous-section 3 – Une subjectivité sans grand risque ?

De plus, on recense peu de débordements dus à la subjectivité individuelle des juges. D'une part, celle-ci est modérée par la délibération collégiale. D'autre part, plusieurs auteurs constatent que rares sont les magistrats qui sortent du rang. Selon François Rigaux, « *l'origine sociale des juges et la formation qu'ils reçoivent dans les Facultés de droit ne les exposent guère à s'écarter des grilles de lecture les plus largement reçues et auxquelles se rallie la prétendue « communauté interprétative* ». ⁸⁸

Section 3 – Un frein à la bonne administration de la justice

Ensuite, certains opposants à l'expression aux opinions séparées font valoir un empêchement pratique. Toutes les juridictions ne peuvent pas se permettre de prolonger la période de délibéré pour épuiser les débats et intégrer harmonieusement les positions de chacun. La justice belge manque de moyens et se bat depuis plusieurs années contre l'arriéré judiciaire. Selon le Conseil supérieur de la Justice, la cause de cet arriéré trouverait en partie sa source dans une réponse systématique des juges à l'ensemble des moyens soulevés par les parties. Il préconise une *motivation positive* des décisions, autrement dit que le juge expose la solution et les motifs sans expliquer pourquoi il n'a pas retenu les autres solutions. Mais outre que cela dévalorise le travail des barreaux en présentant les moyens non retenus comme creux ou hors de propos, cela pose problème en termes de qualité de la motivation. Selon Jacques Englebert, une telle exigence ne peut être sacrifiée pour résorber l'arriéré judiciaire et *il convient de garder à l'esprit l'importance et les conséquences considérables que peut avoir une décision de justice sur la vie des justiciables*.⁸⁹

⁸⁷ P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", *op.cit.*, p. 17.

⁸⁸ RIGAUX, F., « Le statut de la magistrature belge », *A.D.L.*, 2005/1-2, p. 26.

⁸⁹ J. ENGLEBERT, "La motivation positive : une fausse bonne idée pour lutter contre l'arriéré judiciaire", www.procedurecivile.be

A cela, on peut ajouter que la décision de justice n'a pas pour seul mérite de dire le droit. Elle doit tendre aussi à résorber le conflit et à cet égard, il est essentiel que la partie succombante comprenne les raisons pour lesquelles son point de vue n'a pas été suivi par le magistrat. On peut même soutenir que la motivation est essentiellement destinée à la partie qui perd son procès afin qu'elle comprenne bien les raisons et puisse accepter plus facilement la décision. Ainsi, la décision de justice jouera un rôle pacificateur et on peut aussi penser qu'une décision bien motivée fera moins souvent l'objet d'un recours qu'une décision qui rejette le point de vue d'une partie sans lui avoir donné toutes les explications requises.

Cet avis du Conseil supérieur de la Justice n'est pas récent⁹⁰. Il ne fera pas l'objet d'un développement plus conséquent dans ce travail. Toutefois, il constitue un bon indicateur de l'accueil que recevraient les opinions individuelles en Belgique, au moins chez ceux qui se préoccupent des ressources dont dispose la justice. Ni l'argument financier, ni l'incidence des opinions séparées sur le fonctionnement interne des juridictions collégiales ne peuvent être négligés. L'expression par le juge de sa dissidence aura pour conséquence qu'il ne participera pas à la rédaction de la décision finale. C'est le résultat tangible dans les pays qui autorisent la publication des opinions dissidentes. Cela paraît plutôt logique. Désolidarisé de la majorité, le juge dissident se concentre sur la rédaction de son opinion personnelle et cesse de collaborer à la rédaction de la motivation de la décision. Outre qu'elles pourraient mettre à mal la collégialité, d'autres inconvénients résulteraient de la rédaction d'une opinion séparée, selon d'aucuns, en termes de temps et de moyens.

Il semble pourtant opportun de noter que la Cour constitutionnelle dispose du temps et des moyens nécessaires pour motiver ses arrêts de manière satisfaisante. Cela nous laisse entrevoir plus qu'une possible ouverture. Nous y reviendrons.

En outre, certains auteurs craignent une multiplication des recours. L'opinion individuelle permet au justiciable de déterminer les questions qui ont suscité des oppositions durant le délibéré. Dans le cas où celles-ci ne sont pas mentionnées dans la motivation, ou seulement de manière laconique, l'opinion minoritaire peut fournir un bon aperçu des chances d'introduire

⁹⁰ Conseil supérieur de la justice, *Avis sur l'avant-projet de loi modifiant le code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire*, 27 septembre 2006.

un recours sur base des moyens rejetés par la majorité. D'une certaine manière, le juge minoritaire peut « préparer le terrain » pour l'introduction d'un recours. Il met en évidence les points faibles de la décision, lesquels pourraient être reconsidérés par une instance supérieure. Certains y voient un risque d'accroissement des recours, dont une bonne part constituerait des demandes intempestives.⁹¹ Les juges redouteraient que les opinions individuelles ne viennent remettre en cause toutes leurs décisions sans raison ni modération, augmentant inutilement leur charge de travail. A l'inverse, nous pensons qu'il peut en résulter un effet modérateur. Lorsqu'il rédige son opinion séparée, le juge analyse sur les motifs de la majorité pour expliquer pourquoi il n'y adhère pas. Cela permet de rendre plus clairs ceux-ci par le contrepoids de la dissidence et de fournir une motivation très complète de la décision. Par conséquent, le justiciable est plus à même de peser le pour ou le contre du recours et de faire un choix pondéré.⁹²

Section 4 – Crainte d'un « racolage » médiatique

Une partie de la doctrine est convaincue qu'autoriser la dissidence pourrait faire naître des désirs narcissiques et une dépendance médiatique chez les juges.⁹³ Il est concevable que l'aspect "polémique" des opinions séparées puisse attirer l'attention des médias. Il n'est pas impossible que certains aient tendance à y recourir plus que de raison, animés par l'ambition de donner à leur opinion une certaine médiatisation. Nous pouvons toutefois supposer que ce n'est pas tant l'opinion dissidente en elle-même qui attirera la curiosité des médias que le lever de voile inhabituel sur le contenu des délibérations. En suivant ce raisonnement, on peut penser que l'agitation provoquée par la dissidence cesserait, une fois la pratique assimilée.⁹⁴

Chapitre 3 – Remise en question du secret absolu du délibéré

Le secret du délibéré est régulièrement questionné par une autre partie de la doctrine désireuse d'accueillir un système d'opinions dissidentes.⁹⁵ L'analyse comparée des différentes pratiques

⁹¹ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p. 55.

⁹² *Ibid.*, p. 56.

⁹³ P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", *op.cit.*, p. 17.

⁹⁴ Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 207.

⁹⁵ X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Statut et déontologie des magistrats », *op.cit.*, p. 316.

étrangères prouve qu'il est possible d'aménager un système de *dissenting opinions* sans violer le secret du délibéré. De plus, le clivage classique entre pays de *common law* et pays d'une autre tradition ne suffit plus à justifier la tradition du secret puisque'une grande partie des pays européens de tradition latine permet aujourd'hui les opinions dissidentes pour certaines de leurs juridictions.⁹⁶

Section 1 – Un principe régulièrement transgressé

Le secret du délibéré porte notamment sur le contenu de la décision. Celui-ci ne peut être divulgué à aucune personne tierce à la formation collégiale, avant son prononcé. La notion de tiers correspond aux parties mais également aux autres membres de l'ordre judiciaire.⁹⁷ Ainsi, le juge ne peut discuter d'un dossier avec des collègues tiers à l'affaire sous peine d'être sanctionné sur pied de l'article 458 du Code pénal pour violation du secret professionnel.

Toutefois, la pratique judiciaire montre que la disposition pénale joue très rarement son rôle sanctionnateur.

Premièrement, il est courant que les magistrats d'une même juridiction mais de chambres différentes délibèrent en commun de certains points de droit relatifs à leurs affaires respectives.⁹⁸ Deuxièmement, la tradition veut qu'un « parrainage » se crée entre les juges expérimentés et les nouveaux venus dans la magistrature. Ces derniers transmettent leurs projets de décision à leurs aînés, qui sont pourtant tiers à la formation collégiale.⁹⁹

Si le secret du délibéré était respecté à la lettre, ce type de pratique ne pourrait plus se concevoir.

Dans les deux cas de figure, la communication d'informations confidentielles n'est pas vaine. Elle a la vertu de retoucher la décision de justice tant du point de vue de sa qualité juridique

⁹⁶ R. RAFFAELLI, "Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres", *op.cit.*, p. 8.

⁹⁷ B. PRIGNON, "Le secret du délibéré", *Ius & actores*, 2011, p. 112.

⁹⁸ P. MARTENS, "Solitude et cohérence du droit", *op.cit.*, p. 807.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 807.

que rédactionnelle. La divulgation se fait avec retenue et dans un but strictement professionnel.¹⁰⁰

La plupart des praticiens savent qu'il ne faut pas entretenir l'illusion que le secret du délibéré est respecté de manière parfaite et absolue dans les cours et tribunaux.¹⁰¹ La règle est en pratique souvent violée et cette violation est tacitement acceptée par l'ensemble du corps judiciaire puisqu'elle ne fait jamais l'objet de condamnations. Dans un guide pratique à l'attention des magistrats édité en 2012, le Conseil supérieur de la justice et le Conseil consultatif de la magistrature estiment de commun accord que « *Le magistrat traite de manière confidentielle l'information dont il prend connaissance dans le cadre de l'exercice de sa fonction. Le secret professionnel n'empêche pas une concertation avec des magistrats-collègues, mais avec prudence* ». ¹⁰²

Section 2 – Des exigences contemporaines contradictoires

Sous-section 1 – Une généralisation du juge unique

Depuis la réforme « pot-pourri », la justice est le plus souvent rendue par un juge unique. A l'instar des formations de trois ou sept juges, celui-ci est tenu de garder le secret des délibérations.

Il devient cependant absurde de parler de secret du « délibéré » lorsque le juge statue seul. En réalité, l'institution du juge unique constitue en elle-même une violation du secret. Etant seul pour rédiger la décision, il n'y a pas de mystère autour de son opinion.¹⁰³ Du point de vue des fondements du secret du délibéré, cela remet en cause la question de l'autorité morale de la décision et de l'indépendance du juge.¹⁰⁴ L'écran d'unanimité n'existe plus. La personnalisation est totale. La doctrine déplore la perte des effets bénéfiques de la collégialité,

¹⁰⁰ B. INGHELS et F. STEVENART MEEUS, "Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ?", *op.cit.*, p. 316.

¹⁰¹ J.-F. BURGELIN, "Les petits et grands secrets du délibéré", *D.*, 2001, p. 2726.

¹⁰² B. INGHELS et F. STEVENART MEEUS, "Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ?", *op.cit.*, p. 317.

¹⁰³ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p. 203.

¹⁰⁴ Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 207.

en termes de maturation de la décision et de modération des opinions.¹⁰⁵ Mais quand il s'agit de réaliser des économies budgétaires, l'avis des auteurs est rarement sollicité.

Pour remédier à la généralisation du juge unique, la jurisprudence semble admettre un secret professionnel « partagé ». ¹⁰⁶ Toutefois le secret partagé doit « *répondre aux exigences de nécessité et de pertinence dans le cadre de la mission du dépositaire* ». ¹⁰⁷ Cela exclut tout échange d'informations qui n'aurait pas pour but d'améliorer utilement la décision. ¹⁰⁸

Dans l'arrêt du 13 mars 2012 consacré à l'affaire Fortis, la Cour de cassation avait considéré que la communication du projet de décision était simplement utile et a conclu à une violation du secret professionnel. Néanmoins, il ne semble pas que cet arrêt soit interprété strictement par les praticiens du droit, comme nous l'avons exposé ci-dessus.

Sous-section 2 – Le devoir de transparence

Le secret se heurte également au principe de transparence, qui prend de plus en plus d'importance dans différentes branches du droit. ¹⁰⁹ La transparence est une valeur essentielle dans un régime démocratique. Or le secret du délibéré continue à maintenir une certaine opacité sur le processus décisionnel. Cette opacité historique, fondée sur l'obscurantisme est encore aujourd'hui destinée à asseoir le pouvoir judiciaire, en conservant l'apparence d'une décision unanime. ¹¹⁰

Nous avons déjà eu l'occasion de contester l'argument selon lequel le secret des délibérations garantit une autorité morale plus puissante. Au nom de la démocratie, il est plus approprié de faire reposer l'autorité sur la raison. Le principe de transparence s'inscrit dans ce contexte. Le

¹⁰⁵ D. MOUGENOT, M. MARCHANDISE, « Chapitre 1 - La généralisation du juge unique » in *Le Code judiciaire en pot-pourri*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 14.

¹⁰⁶ D. MOUGENOT, M. MARCHANDISE, « Chapitre 1 - La généralisation du juge unique » in *Le Code judiciaire en pot-pourri*, *op.cit.*, p. 30 ; B. PRIGNON, "Le secret du délibéré", *op.cit.*, p. 113.

¹⁰⁷ B. INGHELS et F. STEVENART MEEUS, "Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ?", *op.cit.*, p. 315.

¹⁰⁸ Cass., 13 mars 2012, *Pas.*, n°166, considérant 23.

¹⁰⁹ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p. 201.

¹¹⁰ Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 218.

justiciable est en droit de recevoir l'information « *entière, crue et sans aucun traitement intermédiaire* ». ¹¹¹

Dans ses *observations générales sur la communication de la décision du juge constitutionnel*, Anne Rasson-Roland met en évidence un souci de transparence qui diverge selon les différentes cours suprêmes étatiques. S'il est strictement conditionné au secret du délibéré en France, sa portée est beaucoup plus étendue en Allemagne où l'on estime que la divulgation des votes et des éventuelles opinions dissidentes, satisfait le principe de transparence. ¹¹²

Les opinions individuelles peuvent contribuer à répondre à l'exigence croissante de transparence dans nos systèmes juridiques. Celle-ci est nécessaire pour le justiciable à plusieurs égards. D'abord, elle contribue à une meilleure motivation de la décision en améliorant la clarté et l'accessibilité de celle-ci. Dans la mesure où le justiciable ne choisit pas son juge, ni l'intrusion de celui-ci dans sa vie privée, le facteur de transparence facilite l'acceptation de la décision. ¹¹³

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² A. RASSON-ROLAND, "Observations générales sur la communication de la décision du juge constitutionnel", *R.B.D.C.*, 2004/3-4, p. 325.

¹¹³ *Ibid.*, p. 123.

Partie III – Opportunité des opinions séparées à la Cour Constitutionnelle belge

Dans la première partie de ce travail, nous avons dressé un aperçu général des opinions divergentes, de leur origine et des différentes formes qu'elles peuvent adopter. La partie suivante traite du secret du délibéré, qui motive encore aujourd'hui l'interdiction des opinions individuelles. Ce principe séculaire, pour plusieurs raisons, devrait être remis en question à l'heure actuelle.

En ce qui concerne l'autorité morale de la décision, il serait plus judicieux de faire reposer celle-ci sur la raison plutôt que sur le secret. Personne n'ignore que l'apparente unanimité des décisions ne correspond pas à la réalité. Dans les limites de ce que permet l'impartialité, chaque juge statue avec sa conscience, son expérience et son bagage juridique. La décision de justice est souvent le résultat d'un compromis entre les magistrats. Cela se répercute sur l'aspect rédactionnel de la décision. Celle-ci perd en clarté, en cohérence, et devient par conséquent moins accessible aux parties.

S'agissant de l'indépendance, il semble que permettre au juge d'exprimer sa dissidence puisse renforcer celle-ci. Le statut d'indépendance du juge possède un cadre légal suffisant tant du point de vue des intérêts du juge, que de ceux du justiciable.

Par conséquent, les deux arguments (l'autorité morale de la décision et la préservation de l'indépendance des juges) ne suffisent plus à justifier le secret du délibéré. Son caractère absolu n'est pas vérifié par la pratique puisqu'il est courant que le secret soit plus ou moins « partagé » entre les magistrats, même lorsqu'ils n'appartiennent pas à la même chambre.

A bien des égards, le secret des délibérations ne suffit plus à justifier une interdiction de l'expression des opinions séparées. Dans cette troisième et dernière partie, nous mettrons en évidence les bénéfices d'une communication publique d'opinions individuelles tant pour la compréhension et la lisibilité de la décision majoritaire que pour la science du droit. Nous analyserons enfin dans quelle mesure cette pratique pourrait être envisagée au sein de la Cour

constitutionnelle belge, dans le contentieux relatif aux droits constitutionnels. A ces fins, nous nous baserons sur la pratique existant en droit international et dans différents droits étrangers.

Chapitre 1 – Les vertus des opinions divergentes

En Belgique, comme en France, les opinions séparées sont perçues assez négativement par une partie de la doctrine et des magistrats. Toutefois, le principe a aussi ses partisans et les études juridiques fleurissent en la matière. Celles-ci défendent les mérites de la dissidence sur la qualité de la décision et pour l'évolution du droit.

Section 1 – Une décision de meilleure qualité

Selon Wanda Mastor, la rédaction d'une opinion individuelle par l'un des juges du collège peut avoir deux effets bénéfiques majeurs sur la décision majoritaire : un effet pédagogique et un effet performatif. Le premier porte sur la qualité rédactionnelle tandis que le deuxième se rapporte davantage à la qualité argumentative de la décision.

Sous-section 1 – Effet pédagogique

Certains auteurs sont convaincus que permettre au juge d'exprimer sa dissidence dans une opinion séparée est préjudiciable à l'autorité morale de la décision. La révélation de dissensions au sein du collège pourrait, selon certains, « ébranler la confiance du public dans l'institution judiciaire ». ¹¹⁴ Or, il est prouvé que les opinions séparées viennent au contraire renforcer la décision majoritaire. Cet effet joue tant en faveur des non juristes que pour le commentateur averti. ¹¹⁵

Selon le degré de difficulté avec lequel les juges parviennent à concilier leurs opinions, la nécessité d'un compromis rendra la lecture de la décision majoritaire plus ou moins malaisée. L'opinion individuelle peut venir éclairer celle-ci en apportant plus de clarté aux arguments qui

¹¹⁴ R. RAFFAELLI, « Etudes sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres », *op.cit.*, p. 10.

¹¹⁵ MASTOR, W., "Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français", *Cour de cassation, le mardi 18 octobre 2005*, www.courdecassation.fr.

y sont développés. En effet, le juge dissident va souvent user d'un style moins alambiqué et de termes moins complexes dans la rédaction de son opinion.¹¹⁶ Pour justifier son opinion, il va également reprendre les motifs de la majorité dans des termes plus clairs, sinon différents. En ce sens, l'opinion séparée peut avoir la vertu de réexpliquer une décision obscure sur le plan terminologique. Or, les cours suprêmes sont connues pour rendre des arrêts difficilement compréhensibles.¹¹⁷

En outre, le juge dissident fonde son opinion sur des motifs nouveaux, peu ou moins développés par la décision majoritaire. Sachant que la motivation des décisions de justice se focalisent généralement sur les moyens retenus par la majorité, l'opinion dissidente permet au justiciable d'avoir un aperçu complet des arguments débattus durant le délibéré. Cela peut aboutir à donner au justiciable, une justification plus satisfaisante de la décision. Une motivation plus complète présente surtout un intérêt pour la partie perdante. Comme nous l'avons soutenu *supra*, une motivation supplémentaire est susceptible de provoquer deux réactions dans le chef de la partie succombante. D'une part, elle peut aider celle-ci à mieux accepter la décision prise. D'autre part, elle peut constituer un atout pour l'introduction d'un recours.¹¹⁸

Ensuite, l'expression d'une dissidence au sein du collège a pour effet que le juge dissident « quitte » le délibéré pour se concentrer sur la rédaction de son opinion. En réalité, il est toujours tenu au vote mais il n'essaiera plus de convaincre ses pairs coûte que coûte. Le juge dissident ne participant plus activement aux discussions, le compromis est moindre. Cela peut aboutir à distinguer les arguments de la majorité et du juge minoritaire dans deux documents distincts. Dans ces conditions, la décision majoritaire est plus cohérente et gagne en lisibilité.¹¹⁹

¹¹⁶ W. MASTOR, "Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français", *Cour de cassation, le mardi 18 octobre 2005*, www.courdecassation.fr.

¹¹⁷ W. MASTOR, "L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires", in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de HOURQUEBIE, F. et PONTHEOREAU, M.-C.), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 111.

¹¹⁸ ENGLEBERT, J., "La motivation positive : une fausse bonne idée pour lutter contre l'arriéré judiciaire", www.procedurecivile.be

¹¹⁹ R. RAFFAELLI, « Etudes sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres », *op.cit.*, p. 14.

Enfin, les opinions séparées sont généralement plus documentées que les décisions auxquelles elles se rapportent. En effet, les motivations dissidentes doivent s'appuyer sur une doctrine et jurisprudence pertinentes.¹²⁰ L'opinion séparée remplit en effet une fonction pédagogique pure. Le caractère doctrinal des opinions divergentes va de pair avec une étude plus scientifique voire plus approfondie de la question en litige.

Sous-section 2 – Effet performatif

Selon G. Londers, la motivation *complète* est celle qui délivre une réponse systématique aux moyens invoqués par les parties dans leurs conclusions. Celle-ci ne se contente pas d'exprimer uniquement « *les fondements de la solution retenue* » mais justifie également pourquoi les autres arguments n'ont pas été retenus.¹²¹ A l'heure actuelle, c'est ce que la justice tente d'offrir aux justiciables. Toutefois, cette exigence de motivation en est venue à constituer un problème pour une grande partie des magistrats, de par son caractère « *insurmontable* ». Certains voudraient se diriger vers une motivation plus sobre, qui ne retiendrait que les moyens sur lesquels repose la décision.¹²²

Or la plupart des auteurs s'accordent à dire que c'est réellement la motivation d'une décision qui confère à celle-ci son autorité morale.¹²³ De plus, n'oublions pas qu'une motivation *régulière* est une garantie procédurale constitutionnelle contre l'arbitraire.¹²⁴ Hormis l'obligation constitutionnelle de motiver, les juges ont tout intérêt à ce que leur décision soit la plus ferme et la plus cohérente possible. Une décision qui repose sur des arguments solides a plus de chances de faire autorité auprès des parties.¹²⁵ C'est encore une illustration de la force de la raison contre celle du secret. L'autorité réside davantage dans le travail d'une institution transparente et rationnelle que sur une crainte révérencielle de la justice.¹²⁶

¹²⁰ W. MASTOR, "Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français", *Cour de cassation*, le mardi 18 octobre 2005, www.courdecassation.fr.

¹²¹ ENGLEBERT, "La motivation positive : une fausse bonne idée pour lutter contre l'arriéré judiciaire", www.procedurecivile.be

¹²² *Ibid.*

¹²³ Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 211.

¹²⁴ Article 149 de la Constitution.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ W. MASTOR, "L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires", *op.cit.*, p. 111.

Les opinions séparées peuvent participer à répondre au mieux à l'exigence de motivation. On parle alors d'un effet performatif de la décision majoritaire.

Ruth Bader Ginsburg, assure « *qu'il n'y a rien de mieux qu'une dissidence affirmée pour mener l'auteur d'une décision majoritaire à affiner et clarifier son projet initial* ». En tant que juge influente à la Cour suprême des Etats-Unis, elle affirme avoir elle-même rédigé ses meilleurs projets de décision sous la pression des opinions dissidentes.¹²⁷ Une opinion dissidente de qualité peut pousser les juges de la majorité à élaborer une motivation destinée à anéantir les motifs dissidents. Dans certains cas, celle-ci ne fera même pas l'objet d'une publication. Selon la juge Ginsburg, il existe un recueil compilant toutes les opinions non publiées de Louis Brandeis, juge à la Cour suprême durant le siècle passé. Ce type de procédé requiert une extrême rigueur dans l'argumentation. L'objectif est de convaincre ses pairs avec la meilleure démonstration possible. Wanda Mastor parle d'un « *effet ricochet* » qui provoque « *une montée de l'argumentation* ».¹²⁸ Cet effet est interne en ce sens qu'il agit au sein même de l'assemblée collégiale.

L'effet performatif n'opère qu'à condition que l'opinion minoritaire soit préalablement transmise à la chambre délibérante. A la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le juge dissident doit communiquer son intention de rédiger une opinion séparée « *dès que l'état d'avancement des délibérations le permet* » et remettre celle-ci dans les trois semaines qui suivent la rédaction définitive de la décision majoritaire. Le système espagnol est à peu près similaire.¹²⁹ *A contrario*, la dissidence pourrait être perçue comme intempestive et agressive. Pour cette raison, l'autorisation de révéler une opinion divergente doit être strictement encadrée et modérée.¹³⁰ Nous y reviendrons dans le chapitre relatif aux modalités de mise en œuvre des opinions séparées.

¹²⁷ R. BADER GINSBURG, "The role of dissenting opinions", *Minnesota Law Review*, 2010, p. 3.

¹²⁸ W. MASTOR, "Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français", *Cour de cassation, le mardi 18 octobre 2005*, www.courdecassation.fr.

¹²⁹ W. MASTOR, "L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires", *op.cit.*, p. 90.

¹³⁰ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p. 69.

Section 2 – Légitimité démocratique

Avec l'effondrement de l'Ancien Régime, l'exigence de motivation est venue s'ériger comme garantie fondamentale de l'idéologie démocratique. Cette impulsion n'est pas le fruit d'une théorie doctrinale. Elle est née d'une réaction du peuple contre les pratiques arbitraires et obscures de l'époque.¹³¹ Le principe découle donc essentiellement de la volonté du peuple de légitimer le pouvoir du juge et d'encadrer son discours.¹³²

Cette volonté de légitimité sociale se ressent particulièrement au sein de la Cour constitutionnelle. Dans ses arrêts, celle-ci œuvre à répondre aux attentes de l'opinion publique. G. Scoffoni affirme que « *par le jeu de l'exception d'inconstitutionnalité, la Constitution devient un instrument entre les mains des citoyens, des avocats, des juges et la Cour suprême se trouve alors au cœur d'une sorte de dialogue constitutionnel, renforçant de manière décisive sa légitimité* ». ¹³³ Par le biais du recours en annulation, tant le pouvoir exécutif et législatif que les personnes physiques et morales peuvent contester l'application d'une norme ayant valeur de loi, à condition qu'elles justifient d'un intérêt à agir. Doté du pouvoir de censurer la loi, la jurisprudence constitutionnelle exerce donc une influence considérable sur l'action du législateur « *dans le sens des réformes souhaitées par l'opinion* ». ¹³⁴ Dans ce contexte, la motivation des décisions joue un rôle essentiel.

Par la transparence qu'elles apportent aux débats judiciaires, les opinions individuelles participent à satisfaire l'exigence de motivation. Le juge dissident sait qu'il doit convaincre deux auditoires : l'auditoire interne constitué par ses pairs, et l'auditoire externe qui représente l'opinion publique. En tant qu'outil de légitimation démocratique, l'expression de la dissidence garantit un dialogue au sein de l'institution judiciaire, et l'expression des conceptions minoritaires dans une société.

¹³¹ M.-C. PONTTHOREAU, « L'énigme de la motivation encore et toujours l'éclairage comparatif », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de HOURQUEBIE, F. et PONTTHOREAU, M.-C.), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 12.

¹³² *Ibid.*, p. 13.

¹³³ W. MASTOR, "L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires", *op.cit.*, p. 109.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 109 ; R. RAFFAELLI, "Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres", *op.cit.*, p. 15.

Sous-section 1 – une décision sous le contrôle des citoyens

L'effet performatif de l'opinion séparée ne se limite pas à l'auditoire interne qu'est la formation collégiale. Elle ne peut être uniquement appréhendée comme un moyen de pression sur les juges de la majorité. L'opinion dissidente est également destinée à un public externe plus ou moins « *averti* ». Celui-ci comprend les parties, les tribunaux inférieurs, les pouvoirs publics et la doctrine.¹³⁵

En vertu de l'article 33 de la Constitution, « *Tous les pouvoirs émanent de la nation* ».¹³⁶ Cet article, inspiré de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reflète le fondement de toute société démocratique.¹³⁷ Sur ce fondement, Yannick Lécuyer rappelle que ce n'est pas nécessairement de l'élection que découle le pouvoir de représentation démocratique. Cela irait à l'encontre des principes d'indépendance et d'impartialité. Il fonde le pouvoir de décision des magistrats sur l'existence d'un mandat liant ceux-ci à la Nation.¹³⁸

Présenter la décision de justice comme étant unanime est contraire à la théorie du mandat. Cela entretient une image faussée de la relation liant la justice au justiciable. Si conformément au prescrit constitutionnel, le pouvoir judiciaire agit selon la volonté du peuple, la décision de justice devrait favoriser la diversité des opinions et respecter leur divergence. Encore une fois, maintenir un voile opaque sur le processus décisionnel va à l'encontre de la raison. Selon Anne Langénieux-Tribalat, « *La présentation des décisions collégiales repose sur le paraître, un paraître qui contribue à éloigner les justiciables de la justice* ».¹³⁹ Nous n'irons pas jusqu'à dire que la tradition du secret du délibéré est antidémocratique. Toutefois, elle ne s'inscrit pas dans les valeurs essentielles prônées par la démocratie.

En droit privé, le mandant a l'obligation de rendre compte de sa mission au mandataire tout au long de l'exécution du contrat. Transposée au pouvoir judiciaire, la théorie du mandat requiert

¹³⁵ W. MASTOR, "L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires", *op.cit.*, p. 110.

¹³⁶ Article 33 de la Constitution.

¹³⁷ Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 219.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p. 144.

une transparence nécessaire. Cette transparence est « *le gage de la prudence du mandataire* ». Or le secret absolu des délibérations s'oppose à ce que la mission du juge soit exercée de manière transparente à l'égard du justiciable.¹⁴⁰

La communication d'une opinion séparée répond en revanche à cette exigence de transparence. Premièrement, elle assure une plus grande confiance du justiciable en l'institution judiciaire. En désacralisant le délibéré, l'opinion individuelle vient rétablir « la vérité » sur celui-ci. Tout ce qui est dissimulé est suspect. En lui masquant les éventuelles divergences d'opinions, le justiciable est plus susceptible de soupçonner des tractations entre juges ou de douter de leur impartialité.¹⁴¹ Selon Antoine Garapon, « *il est toujours possible de trouver un montage qui tienne la route juridiquement et qui permette de justifier une décision prise en réalité pour d'autres motifs* ». ¹⁴² Permettre la dissidence pourrait mettre fin de manière certaine à ce type d'abus et obliger les magistrats à respecter les termes de leur mandat. Deuxièmement, la communication d'une opinion séparée reflète un pluralisme qui correspond davantage à notre société.

Sous-section 2 – Donner droit de cité à des conceptions minoritaires

La liberté d'expression est un droit fondamental consacré en droit international¹⁴³ et en droit belge.¹⁴⁴

En accédant à la magistrature, tout magistrat accepte une restriction à sa liberté d'expression. Cette limitation est due aux règles déontologiques qui encadrent l'acte de juger. Ainsi, le devoir de discrétion impose aux juges d'adopter une certaine retenue dans la divulgation de leurs opinions personnelles. Cette impartialité concerne tant les discours politiques, que philosophiques ou religieux. Elle va même jusqu'à censurer les attitudes et discours que le

¹⁴⁰ Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 220.

¹⁴¹ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p. 145.

¹⁴² Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 221.

¹⁴³ Article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; Article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁴⁴ Article 19 de la Constitution.

magistrat pourrait adopter dans le cadre privé.¹⁴⁵ De cette façon, la confiance en l'institution judiciaire reste indemne.

Si le statut d'indépendance garantit une décision libre de toute pression externe, il doit aussi permettre au juge minoritaire d'assumer ses positions au sein même du collège. Disposant d'une liberté d'expression déjà très réduite, une opinion individuelle pourrait garantir l'indépendance interne du juge dissident, c'est-à-dire son autonomie vis-à-vis de ses pairs. D'une part, c'est une manière de « *préserver leur intégrité intellectuelle* ». ¹⁴⁶

D'autre part, cela protège l'avenir des conceptions minoritaires, nécessaires dans une société démocratique. Aux Etats-Unis, les juges suprêmes jouissent d'une grande liberté d'expression. Leurs dissensions sont vives et souvent médiatisées. Le degré de personnalisation est tel que les parties et la presse peuvent presque anticiper la position que chaque juge prendra dans une affaire donnée.¹⁴⁷ Si ceux-ci peuvent parfois paraître très critiques vis-à-vis de leurs collègues, cela a toutefois le mérite de faire évoluer le droit dans le sens souhaité par l'opinion publique. En effet, il est possible que l'opinion d'un juge minoritaire corresponde en réalité à une opinion majoritaire au sein de la population. Ce fut le cas en matière d'interruption volontaire de grossesse et d'homosexualité entre adultes consentants. La persévérance des juges dissidents a fini par faire triompher leur opinion au sein d'une Cour suprême pourtant profondément divisée dans ces matières. En toute transparence, le conflit entre juges suprêmes a reflété à ce moment-là, une division qui existait au cœur même de la société.¹⁴⁸

Enfin, il est selon nous impossible d'étouffer l'opinion d'un magistrat dans la mesure où celle-ci reflète ses convictions profondes. S'il reste fidèle à sa conscience, le juge minoritaire n'abdiquera pas à la première défaite. Celui-ci tentera de convaincre ses collègues lors d'une prochaine affaire similaire. Pour cette raison, permettre la communication d'une opinion séparée aurait plusieurs vertus. La décision ne rechercherait plus à concilier la majorité et l'opinion minoritaire à tout prix. Cela pourrait accélérer la période de délibérations mais

¹⁴⁵ X. DE RIEMAECKER, et G. LONDERS, « Statut et déontologie des magistrats », *op.cit.*, p. 351.

¹⁴⁶ R. RAFFAELLI, "Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres", *op.cit.*, p. 13.

¹⁴⁷ F. RIGAUX, "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire", *op.cit.*, p. 589.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 578 et 584.

également apporter un regain de clarté dans la jurisprudence. Plus compréhensible, la décision favoriserait le dialogue avec les juridictions inférieures et avec le législateur.

Sous-section 3 – La jurisprudence comme moteur d'évolution du droit

En tant qu'outil démocratique, la communication d'opinions individuelles peut avoir pour conséquence de provoquer des revirements de jurisprudence qui permettront ou non d'inciter à la réforme de certaines normes.

Premièrement, une opinion divergente peut annoncer un revirement jurisprudentiel. Une opinion initialement minoritaire peut finir par convaincre la majorité et être confirmée dans une décision ultérieure.¹⁴⁹ Cela nécessite toutefois de grandes qualités argumentatives et une certaine persévérance.

Bien entendu, toutes les opinions séparées n'aboutissant pas nécessairement à un revirement de situation. Cela reste tout de même une pratique positive dans le sens où elle permet d'insuffler des raisonnements neufs dans la jurisprudence. D'aucuns estiment qu'il pourrait résulter de la publication d'une opinion dissidente, une « *pétrification* » des opinions des juges. Ceux-ci seraient moins enclins à revoir leur position dans la mesure où leur opinion personnelle serait déjà ouvertement exprimée.¹⁵⁰ En réalité, le risque de pétrification existe davantage dans une juridiction qui ne permet pas l'expression de la dissidence. Les juges peuvent être tentés d'appliquer une jurisprudence antérieure, sans questionner son actualité. La dissidence permet de mettre en lumière l'existence de « *voies de substitution* » et d'activer le processus de remise en question du droit, lorsque cela est nécessaire.¹⁵¹

Cet effet prévisionniste est d'autant plus important au sein des cours suprêmes.¹⁵² De par leur position dans la pyramide judiciaire, les tribunaux ordinaires doivent se conformer à la jurisprudence des instances supérieures. Ainsi, un dialogue se crée entre les cours suprêmes et

¹⁴⁹ F. RIGAUX, "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire", *op.cit.*, p. 589.

¹⁵⁰ M. VERDUSSEN, « Justice constitutionnelle », Bruxelles, Larcier, 2012, p.140-156, p. 292.

¹⁵¹ R. RAFFAELLI, "Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres", *op.cit.*, p. 16.

¹⁵² Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 220.

les tribunaux inférieurs. Si les premiers donnent une nouvelle interprétation de la norme, les seconds doivent en tenir compte dans leurs décisions à venir. Quel rôle viennent ici jouer les opinions séparées ? Comme exposé *supra*, celles-ci apportent à la jurisprudence plus de clarté. Ainsi, la décision et son opinion dissidente sont mieux assimilées par les tribunaux inférieurs. Par la suite deux cas de figure peuvent se présenter. Soit, l'opinion divergente vient légitimer la décision majoritaire, soit elle la remet en cause et opère un revirement de la jurisprudence.¹⁵³

Les opinions dissidentes peuvent aussi infléchir l'action du législateur. Suivant la théorie du mandat développée plus haut, un dialogue s'entretient entre le juge constitutionnel et le justiciable par le biais du contrôle des normes. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle tend généralement à satisfaire l'opinion publique. Lorsque la dissidence reflète l'opinion publique, celle-ci peut être à l'origine de l'adoption ou de la modification d'une norme légale ou constitutionnelle. Par exemple, aux Etats-Unis, l'opinion du juge dissident Curtis fut déterminante pour l'abolition de l'esclavage. Evidemment, cela ne s'est pas fait en un jour. Mais au fil du temps, l'opinion publique s'est majoritairement orientée vers un rejet de l'esclavage. La modification constitutionnelle a fini par convaincre les derniers ennemis de la liberté et de l'égalité pour aboutir à une assimilation complète de l'interdiction de l'esclavage.¹⁵⁴

Section 3 – Une responsabilisation du juge

L'indépendance des magistrats n'est pas absolue. Ceux-ci ne sont pas à l'abri de voir leur responsabilité civile personnelle engagée pour faute professionnelle.¹⁵⁵ Certains craignent que la personnalisation découlant de la pratique des opinions séparées n'engage plus facilement la responsabilité personnelle du magistrat, portant ainsi atteinte à son indépendance.¹⁵⁶ A l'heure actuelle, conserver une opacité sur la phase des délibérations peut entretenir des rumeurs

¹⁵³ R. RAFFAELLI, "Etude sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres", *op.cit.*, p. 16.

¹⁵⁴ W. MASTOR, "Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français", *Cour de cassation, le mardi 18 octobre 2005*, www.courdecassation.fr.

¹⁵⁵ Article 1140 du Code judiciaire ; X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Statut et déontologie des magistrats », *op.cit.*, p. 395.

¹⁵⁶ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p. 176.

infondées sur le travail des tribunaux.¹⁵⁷ Comme nous l'avons exprimé plus haut, « *tout ce qui est secret est suspect* ». ¹⁵⁸

Par sa transparence, la pratique des opinions divergentes pourrait favoriser une plus grande responsabilisation du magistrat.¹⁵⁹ L'atout premier de la responsabilisation est qu'elle se trouve en amont, contrairement au régime de responsabilité qui prévoit des sanctions en aval. En révélant ses convictions personnelles, le juge assume son implication sur le plan éthique. Il exprime pleinement son indépendance et son impartialité. Or, ces deux qualités sont nécessaires à maintenir la confiance du justiciable en la justice.¹⁶⁰ De cette manière, ni le juge majoritaire, ni le juge minoritaire ne pourraient voir leur responsabilité engagée quant au contenu de la décision. La publication des opinions dissidentes pourrait accorder au justiciable un certain contrôle sur l'indépendance et l'impartialité du juge. Cela accroîtrait indéniablement la légitimité de l'institution judiciaire qui repose principalement sur le comportement des juges.

Dans ce contexte, il est impensable de permettre une dissidence anonyme. Comme l'écrit Marie-Françoise Rigaux, « *l'anonymat est une démarche éthiquement douteuse* ». ¹⁶¹ En outre, cela risquerait de créer une déresponsabilisation des magistrats.¹⁶² Au surplus, cela entretient l'image d'une justice qui dissimule pour asseoir son autorité.

Chapitre 2 – Hypothèse de mise en œuvre dans l'ordre juridictionnel belge

Section 1 – Une pratique limitée à la Cour constitutionnelle

En Belgique, le principe du secret du délibéré est encore solidement ancré dans notre culture juridique. Néanmoins, des voix s'élèvent depuis plusieurs années contre le maintien du secret

¹⁵⁷ T. FREIXES, "La pratique des opinions dissidentes en Espagne", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°8, p. 14, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-espagne.52543.html>.

¹⁵⁸ Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 220.

¹⁵⁹ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p. 187.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 188.

¹⁶¹ M.-F. RIGAUX, "La Cour constitutionnelle et les opinions séparées", *Justice en ligne*, 17 février 2012 (<http://www.justice-en-ligne.be/article404.html>).

¹⁶² A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p. 318.

absolu afin de permettre d'introduire en Belgique la communication publique d'opinions divergentes.¹⁶³

Toutefois, le concept reste assez controversé. Certains pays, comme l'Espagne autorisent l'expression de la dissidence dans toutes les juridictions du pays. La doctrine y est majoritairement favorable et perçoit les opinions séparées comme une garantie juridique. Toutes juridictions confondues, les opinions dissidentes favorisent la qualité et la pluralité des interprétations juridiques.¹⁶⁴

Si l'on envisage la communication d'opinions séparées en Belgique, il nous semble plus approprié de limiter celle-ci à la Cour constitutionnelle. Dans un premier temps tout au moins. Pourquoi borner l'expression de la dissidence à l'instance constitutionnelle ?

Premièrement, la Cour entretient, comme exposé ci-dessus, un dialogue constitutionnel avec le peuple. C'est ce qui fonde sa légitimité démocratique. La Cour constitutionnelle belge a la particularité d'être composée pour moitié d'anciens parlementaires.¹⁶⁵ En outre, la nomination repose sur un « compromis politique ». Les juges constitutionnels sont choisis en fonction de leur couleur politique afin de représenter au mieux les courants politiques belges.¹⁶⁶ D'aucuns craignent que cette coloration politique ne se ressente dans un système autorisant la dissidence, en ce que les juges dissidents aligneraient leurs opinions sur les positions du parti.¹⁶⁷ Tout d'abord, « *il n'est pas malsain qu'un magistrat ait des convictions politiques, c'est le devoir de tout citoyen* ». ¹⁶⁸ L'appartenance politique d'un magistrat est bien souvent diabolisée comme un indice de partialité. Pourtant, nos droits fondamentaux doivent leur consécration à l'obstination et l'acharnement de certaines doctrines politiques. Ensuite, la division que peut connaître un collège ne repose pas uniquement sur l'appartenance des magistrats à une idéologie politique. Comme le souligne très justement Paul Martens, *la couleur politique d'un*

¹⁶³ X. DE RIEMAECKER et G. LONDERS, « Statut et déontologie des magistrats », *op.cit.*, p. 316.

¹⁶⁴ T. FREIXES, "La pratique des opinions dissidentes en Espagne", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°8, p. 14, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-espagne.52543.html>.

¹⁶⁵ Article 34 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

¹⁶⁶ T. GIET et G. ROSOUX, « Le juge constitutionnel et le parlementaire : conflit ou complémentarité – Le point de vue d'un juge constitutionnel, ancien parlementaire », *R.F.D.L.*, 2015/2, p. 448.

¹⁶⁷ H. SIMONART, « Observations générale sur la prise de décision du juge constitutionnel », *R.B.D.C.*, 2004/3-4, p. 324.

¹⁶⁸ F. RIGAUX, « Le statut de la magistrature belge », *op.cit.*, p. 12.

juge ne connaît toutefois qu'un aspect de sa structure mentale ». Celle-ci sera en grande partie tributaire de son éducation et de son parcours professionnel, entre autres.¹⁶⁹ En outre, le mandat à vie permet de s'affranchir de toute pression politique.

Yannick Lécuyier souligne à juste titre que « *lorsqu'il s'agit de censurer la loi, la motivation n'est plus nécessaire, elle est indispensable, tout ce qui peut l'affermir étant le bienvenu* ». ¹⁷⁰ L'exigence de motivation est donc plus forte dans le chef des juges suprêmes. D'une part, la jurisprudence joue un rôle très différent selon qu'elle émane des tribunaux ordinaires et des cours suprêmes. Tandis que les premiers rendent des jugements essentiellement destinés aux parties, les secondes souhaitent également que leurs arrêts « fassent jurisprudence » et soient respectés par les tribunaux inférieurs.¹⁷¹ L'unité de jurisprudence est l'objectif premier de la création des Cours Suprêmes. D'autre part, il semble que le risque de porter atteinte à l'autorité morale des décisions serait plus élevé si des voix dissidentes s'élevaient dans les juridictions inférieures. Cela pourrait aussi faire augmenter le nombre de recours intempestifs.¹⁷²

Concernant la Cour de cassation, il semble plus délicat d'y autoriser la dissidence dans la mesure où celle-ci est garante de l'unité dans l'interprétation du droit.¹⁷³

Deuxièmement, il semble que la juridiction constitutionnelle soit plus armée que les autres en termes de temps et de moyens.¹⁷⁴ Dans un contexte où certains auteurs préconisent de restreindre l'exigence de motivation à une motivation *positive*¹⁷⁵ pour résorber l'arriéré judiciaire, la communication d'opinions dissidentes pourrait être perçue comme négative. La pratique étrangère ne semble pas s'encombrer de ce problème mais cela ne veut pas pour autant dire que celle-ci est naturellement transposable à l'ordre juridique belge. Il faut tenir compte

¹⁶⁹ P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", *op.cit.*, p. 19.

¹⁷⁰ Y. LECUYER, "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *op.cit.*, p. 211.

¹⁷¹ W. MASTOR, "L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires", *op.cit.*, p. 97.

¹⁷² P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", *op.cit.*, p. 21.

¹⁷³ A. LANGENIEUX-TRIBALAT, « Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français (multig.) », *op.cit.*, p. 275 et 276.

¹⁷⁴ P. MARTENS, "La pratique du délibéré collégial", *op.cit.*, p. 21.

¹⁷⁵ J. ENGLEBERT, "La motivation positive : une fausse bonne idée pour lutter contre l'arriéré judiciaire", www.procedurecivile.be

des particularités culturelles et structurelles de chacun.¹⁷⁶ Toutefois, cette évolution est souhaitable compte tenu de l'obligation accrue de transparence.

En outre, il existe, en dépit de leur devoir de réserve, deux situations dans lesquelles les juges constitutionnels contournent plus ou moins l'interdiction de commenter, oralement ou par écrit, les décisions de la Cour.¹⁷⁷ Les juges constitutionnels qui sont professeurs ont le droit de donner à leur auditoire, un commentaire critique de la jurisprudence de la Cour, et ce dans un but didactique. Bien entendu, il leur est interdit d'exprimer une critique sur un arrêt en particulier. Cela reviendrait à violer indirectement l'interdiction des opinions divergentes. Toutefois, il leur est permis de « *dégager les tendances générales de la jurisprudence de la Cour* » et d'argumenter pour une orientation qu'ils estiment plus adéquate.¹⁷⁸ Le deuxième moyen de contourner l'interdiction d'exprimer une opinion divergente est l'*obiter dictum*. Il s'agit de la partie de la motivation qui, tout en restant en lien avec le dispositif, ne lui est pas forcément nécessaire. En réalité, l'*obiter dictum* est un « espace » dans lequel le juge peut s'exprimer, voire se défouler en toute impunité. Le juge peut s'adresser sans ménagement aux parties, aux autres pouvoirs, ou « *plus généralement à la société, délivrant alors un véritable message politique* ». ¹⁷⁹ Les *obiter dicta* se présentent sous des formes variées. Tantôt ils délivrent un message à un destinataire ciblé, tantôt ils laissent apparaître entre les lignes de la décision, leur opinion personnelle.¹⁸⁰ A cet égard, dans quelle mesure l'*obiter dictum* n'est-il pas déjà un moyen détourné d'exprimer sa dissidence ? Cela révèle en tout cas, une certaine impartialité dans le chef de son auteur.

Section 2 – Une pratique limitée aux « droits constitutionnels »

Comme nous l'avons observé au début de ce travail, il serait assez délicat d'autoriser les opinions divergentes dans le contentieux relatif à la répartition des compétences. La

¹⁷⁶ T. FREIXES, "La pratique des opinions dissidentes en Espagne", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n°8, p. 14, disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-espagne.52543.html>.

¹⁷⁷ A. ALEN, J. DELRUELLE, P. MARTENS, « Rapport belge sur les modes de décision du juge constitutionnel », *Rev. b. dr. const.*, 2004, liv 3-4, p. 358.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 359.

¹⁷⁹ X. DELGRANGE, et N. LAGASSE, "La liberté d'expression du juge : Comment descendre de sa tour d'ivoire en demeurant au-dessus de la mêlée ?", *op.cit.*, p. 191.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 200.

composition de la Cour constitutionnelle belge est assez particulière en ce sens qu'elle reflète la division culturelle et linguistique de l'Etat. Les règles de nomination des juges constitutionnels exigent une parité linguistique ainsi qu'une certaine représentativité politique.¹⁸¹ La composition de la Cour repose donc sur un équilibre que pourrait menacer la publication d'opinions divergentes.

C'est pourquoi, nous nous limitons ici à envisager la communication d'opinions divergentes, uniquement dans le cadre du contrôle par la Cour des droits constitutionnels.¹⁸²

Premièrement, le dialogue constitutionnel entretenu entre la Cour et le justiciable via le contrôle de constitutionnalité est essentiel dans le cadre des droits fondamentaux. Le droit n'est pas une science exacte. Il n'existe pas toujours une seule et unique réponse à un problème juridique. Cette affirmation vaut d'autant plus lorsque les juges débattent de questions éthiques. De par leur effet performatif, l'expression d'opinions séparées pourrait contribuer à enrichir la jurisprudence des matières telles que l'égalité, le respect de la vie privée, le droit à la dignité humaine ou à un enseignement libre.

Deuxièmement, c'est une pratique courante en droit international des droits de l'homme. A la Cour européenne des droits de l'homme, elle n'a jamais indiqué aucune faiblesse. La communication d'opinions séparées donne au justiciable un bon aperçu des différents points de vue exprimés durant le délibéré sans pour autant révéler l'intégralité de celui-ci. Dean Spielmann écrit que l'opinion dissidente ou concordante ne donne « *qu'une idée parcellaire des débats couverts par le secret* ». La majorité elle-même peut être très divisée. Or celle-ci demeure silencieuse.¹⁸³

Bien entendu, les deux ordres juridiques, belge et européen sont incomparables. La Cour européenne des droits de l'homme impose aux Etats parties à la convention, des standards

¹⁸¹ T. GIET et G. ROSOUX, « Le juge constitutionnel et le parlementaire : conflit ou complémentarité – Le point de vue d'un juge constitutionnel, ancien parlementaire, *op.cit.*, p. 447.

¹⁸² Articles 8 à 32 de la Constitution.

¹⁸³ D. SPIELMANN, « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.* p. 311.

minima de motivation.¹⁸⁴ Elle se doit donc d'être irréprochable dans la motivation de ses propres arrêts. Il ne s'agit pas d'une obligation juridique mais plutôt « *d'un devoir moral et politique* ». ¹⁸⁵ La communication d'opinions séparées s'inscrit logiquement dans une juridiction internationale. Celle-ci doit en effet tenir compte des particularités culturelles, politiques et juridictionnelles de chacun. Au niveau international, les opinions divergentes garantissent ce pluralisme.

Toutefois, dans un contexte où les droits fondamentaux font l'objet d'une « *multiplicité de textes* » et d'une « *multiplicité de juges* », le risque de divergences d'opinions est plus grand.¹⁸⁶ La Cour constitutionnelle belge n'est pas autorisée à faire une application autonome des normes internationales, autrement dit un contrôle de la conformité d'une situation à la norme internationale sans passer par une norme de droit interne. Toutefois, l'application auxiliaire lui est permise, de manière combinatoire¹⁸⁷ ou conciliatoire^{188, 189}.

Dès lors que la Cour constitutionnelle intègre les dispositions de la convention et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans son contrôle de constitutionnalité, pourquoi ne pas également ouvrir la porte aux opinions divergentes dans le cadre du contrôle des droits constitutionnels ?

¹⁸⁴ L'obligation de motivation repose sur le fondement du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁸⁵ D. SZYMCZAK, "La manipulation par la Cour européenne des droits de l'homme de ses propres précédents", in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de HOURQUEBIE, F. et PONTTHOREAU, M.-C.), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 62.

¹⁸⁶ G. ROSOUX, « Les droits fondamentaux, au cœur de la pluralité des sources, et de la pluralité des juges », *Rev. Dr. ULg.*, 2016/1, p. 9.

¹⁸⁷ Lorsque la Cour constitutionnelle traite d'une demande alléguant la violation de 10 et 11 de la Constitution, elle définit son contrôle par une formule directement inspirée de la Cour de Strasbourg : « *les articles 10 et 11 exigent qu'une différence de traitement repose sur un critère objectif et soit raisonnablement justifiée, en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée, ainsi que de la nature des principes en cause*. De ce fait, la Cour met en œuvre les grands principes d'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme, parmi lesquels le test de proportionnalité.

¹⁸⁸ Selon ce raisonnement, la Cour considère les garanties inscrites dans les normes internationales comme indissociables de celles consacrées dans les dispositions constitutionnelles, de telle sorte que lorsqu'est alléguée la violation de ces dernières, la Cour tient explicitement compte des deux, comme un ensemble inséparable.

¹⁸⁹ G. ROSOUX, « Les droits fondamentaux, au cœur de la pluralité des sources, et de la pluralité des juges », *op.cit.*, p. 18.

Section 3 – Un usage opportun, sage et parcimonieux

Si on l'envisage d'introduire l'expression d'opinions divergentes à la Cour constitutionnelle belge, il faut veiller à apaiser les craintes de ses détracteurs (à savoir tous les fondements juridiques du secret du délibéré exposés ci-dessus) et surtout à ce qu'elles ne se réalisent pas. Pour cela, la communication d'opinions individuelles ne devrait pas être permise de manière systématique.¹⁹⁰

Il serait peut-être opportun de limiter l'expression d'opinions divergente à la dissidence proprement dite, du moins dans un premier temps. Dans un pays réticent aux opinions séparées, cela pourrait entraîner une confusion du justiciable et une prolifération trop rapide des opinions individuelles.¹⁹¹ De plus, les opinions concordantes constituent une critique à l'égard de la majorité, bien plus virulente que ne le sont les opinions simplement dissidentes. Elles remettent en cause la motivation juridique de la décision, ce qui pourrait laisser entendre que les juges de la majorité ont mal fait leur travail. Bien qu'elles constituent un réel bénéfice pour la jurisprudence strasbourgeoise, il serait plus prudent d'introduire graduellement les différentes formes de dissidence à dans notre juridiction constitutionnelle.¹⁹²

Il faudrait également subordonner la communication d'opinions dissidentes, à une dissidence annoncée dans certains délais. C'est une obligation pour les juges dissidents allemands et espagnols.¹⁹³ Outre que cela évite les interventions dissidentes intempestives, cela permet également de faire jouer l'effet « performatif » décrit plus haut. De plus, une application contraire porterait atteinte à la loyauté du juge envers son institution judiciaire. L'indépendance du magistrat n'est pas sans limites. Selon Christian Walter, le respect de la loyauté judiciaire implique également que les juges dissidents se montrent pondérés dans la rédaction de leur

¹⁹⁰ W. MASTOR, "Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français", *Cour de cassation, le mardi 18 octobre 2005*, www.courdecassation.fr.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² W. MASTOR, "L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires", *op.cit.* p. 101.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 90.

opinion individuelle. S'il leur est permis d'exposer un raisonnement juridique différent, ils doivent d'abstenir de toute polémique contre la décision majoritaire.¹⁹⁴

Enfin, une opinion divergente devrait répondre aux mêmes exigences que la décision majoritaire en termes de motivation et de rigueur rédactionnelle. Bien entendu, le juge dissident devrait également veiller au respect du secret professionnel ainsi qu'à ses devoirs de discrétion et de réserve.

¹⁹⁴ C. WALTER, "La pratique des opinions dissidentes en Allemagne", *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°8, 2000, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-allemande.52541.html>.

Conclusion

L'expression d'opinions divergentes demeure un débat controversé en Belgique. Ses détracteurs estiment que celle-ci violerait l'obligation de respecter le secret du délibéré et porterait atteinte à l'autorité morale de la décision ainsi qu'à l'indépendance du magistrat.

En réalité, il est inexact de considérer le secret des délibérations comme absolu. D'abord, celui-ci n'est pas incompatible avec la communication d'opinions séparées. Certaines juridictions nationales ainsi que la Cour de Strasbourg parviennent à les concilier parfaitement. Dans ce contexte, l'expression d'opinions divergentes ne viole pas le secret des délibérations mais en atténue la rigueur.

Ensuite, il est hypocrite de prôner un respect absolu du secret lorsque l'on sait que celui-ci est en pratique souvent transgressé et rarement sanctionné. La Cour de cassation considère à tort que le secret du délibéré repose sur le secret professionnel. En réalité, celui-ci ne constitue qu'une facette du secret du délibéré. L'article 458 du code pénal ne devrait logiquement s'appliquer que lorsque le juge divulgue des informations personnelles et confidentielles du justiciable. Pour le reste, l'indépendance et l'impartialité du magistrat sont suffisamment garanties en droit. Pour quelle raison ces garanties ne s'appliqueraient pas également au juge dissident ? Les opinions divergentes ne mettent pas en péril l'indépendance du magistrat. Au contraire, en garantissant la liberté d'expression de ce dernier, elles favorisent son indépendance. De plus, elles permettent un contrôle du justiciable sur le travail des juges, ce qui permet d'affermir la légitimité de l'institution judiciaire.

Pour ce qui est de l'autorité morale de l'arrêt, il serait plus pertinent de la faire reposer sur la raison que sur le secret. A l'heure actuelle, personne n'entretient l'illusion qu'une décision collégiale est prise à l'unanimité de ses membres. Celle-ci est nécessairement parcourue de dissensions. Au lieu d'affaiblir la légitimité de l'institution judiciaire, cela reflète le pluralisme d'opinions qui existe nécessairement dans une société démocratique.

En outre, la pratique étrangère et internationale des opinions séparées prouve que l'expression d'un point de vue alternatif favorise une meilleure motivation de la décision majoritaire et une

meilleure compréhension du droit et de la jurisprudence. C'est un effet non négligeable pour les cours suprêmes dont les arrêts « font jurisprudence » auprès des juridictions inférieures.

La Cour constitutionnelle entretient un dialogue continu avec le peuple belge, via le contrôle de constitutionnalité. Pour cette raison, la communication d'opinions divergentes au sein de la Cour constitutionnelle est susceptible d'annoncer un revirement jurisprudentiel et de stimuler l'évolution du droit. Nous estimons que ce rôle de « moteur » du droit est indispensable en matière de droits fondamentaux.

Enfin, il faut garder à l'esprit que l'expression d'opinions divergentes est une faculté et pas une obligation. Il appartient au législateur d'en moduler l'application, de fixer des délais et d'imposer certaines « règles de conduite » au juge dissident.

Bibliographie

Législation

Législation internationale

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, art. 10, M.B., 19 août 1955, p.5028.

Législation belge

Constitution, articles 10, 11, 24, 19, 149, 151, 152, 170 à 172.

Code judiciaire du 10 octobre 1967, art. 785 et 778, M.B., 31 oct. 1967, p. 11360.

Code pénal du 8 juin 1867, art. 458, M.B., 9 juin 1867, p. 3133.

Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, art. 108 et 111, M.B., 7 janv. 1989, p.315.

Doctrine

ALLEN, A., DELRUELLE, J., MARTENS, P., « Rapport belge sur les modes de décision du juge constitutionnel », *Rev. b. dr. const.*, 2004, liv 3-4, pp. 305-362.

ALDER, J., "Dissents in courts of last resort: tragic choices?" *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, pp. 221-246.

ANAND, R.P., "The role of individual and dissenting opinions in international adjudication", *International and comparative Law Quarterly*, 1965, pp. 788-808.

BADER GINSBURG, R., "The role of dissenting opinions", *Minnesota Law Review*, 2010, pp. 1-8.

BERNAERT, M.-A., BOSLY, H., MOREAU, T., VANDERMEERSH, D., « Françoise Tulkens ou la dissidence de conviction », *J.T.*, 2012/29, n°6489, pp. 594-595.

BOSSUYT M. et LEYSEN R., "La justice constitutionnelle : fonctions et relations avec les autres autorités publiques : Rapport national pour le XIème Congrès de la conférence des Cours constitutionnelles européennes, présenté par la Cour constitutionnelle de Belgique", *Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, <http://www.confeuconstco.org/reports/rep-xv/BELGIA%20fr/pdf>, (12 juin 2015).

BURGELIN, J.-F., "Les petits et grands secrets du délibéré", *D.*, 2001, pp. 2755-2758.

CARDOSO DA COSTA, J.M., "Entretien avec M. José Manuel Cardoso da Costa, Président du Tribunal constitutionnel portugais", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-10/entretien-avec-m-jose-manuel-cardoso-da-costa-president-du-tribunal-constitutionnel-portugais.52139.html>.

CARLIER, J.-Y., SAROLA, S., « Françoise Tulkens ou la démocratie par le juge », *J.T.*, 2012/29, n°6489, pp. 622-623.

COSTA, J.-P., "En quoi consistent les opinions séparées, dissidentes ou concordantes ?" Quels sont leurs mérites ?", *Justice en ligne*, 13 janvier 2012, <http://www.justice-en-ligne.be/article382.html>.

DELGRANGE, X. et LAGASSE, N., "La liberté d'expression du juge : Comment descendre de sa tour d'ivoire en demeurant au-dessus de la mêlée ?", in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 187-228.

DE RIEMAECKER, X. et LONDERS, G., *Statut et déontologie des magistrats*, Bruxelles, La Charte, 2003.

DIEUX, X., « Arbitrage et opinion dissidente : De la convivialité au principe de l'exécution de bonne foi, Réponse au Rapport de Mme Maud Piers » in *Hommage à Guy Keutgen/Eerbetoan aan Guy Keutgen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 719-725.

DOUGLAS, W.O., "The dissent: the safeguard of democracy", *Journal of the American Judicature Society*, 1948, pp.104-107.

ENGLEBERT, J., "Le secret du délibéré : rappel de quelques principes à l'usage des délibérants, *DAOR*, 2009, pp. 276-285.

ENGLEBERT, J., "La motivation positive : une fausse bonne idée pour lutter contre l'arriéré judiciaire", www.procedurecivile.be

FLAUSS, J.-F., "Brèves observations sur le second renouvellement triennal de la Cour européenne des Droits de l'Homme", *Rev. Trim. D. H.*, n° 61, 2005, pp. 5-32.

FREIXES, T., "La pratique des opinions dissidentes en Espagne", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-espagne.52543.html>.

GARAPON, A., "Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire", coll. Opus, Paris, Odile Jacob, 1997.

GARLICKI, L., "Note on dissent in the European Court of Human Rights, *Global constitutionalism*, Yale Law School, 2008, pp. 1-8.

GIET, T., et ROSOUX. G., « Le juge constitutionnel et le parlementaire : conflit ou complémentarité – Le point de vue d'un juge constitutionnel, ancien parlementaire, *R.F.D.L.*, 2015/2, pp. 445-453.

INGHELIS, B. et STEVENART MEEUS, F., "Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ?", in *L'entreprise et le secret*, (sous la direction de CASSIERS, V. et GILSON, S.), Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 311-323.

KELEMEN, K., "The road from common law to East-Central Europe: the case of the dissenting opinion", in *Legal and Political Theory in the Post-National Age* (under the supervision of CSERNE, P and KONCZOL, M.), Berne, Peter Lang, 2011, pp. 118-134.

KELSH, J.P., "The opinion delivery practices of the United States Supreme Court, 1790-1945, *Washington University Law Quarterly*, 1999, pp. 137-182.

KEUTGEN, G., DAL, G.-A., "Chapitre 11 : Opinions dissidentes ", in *L'arbitrage en droit belge et international – Tome II*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 951-955.

KEUTGEN, G., DAL, G.-A., « Avant-propos » in *L'arbitrage en droit belge et international – Tome I – Le droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 25-26.

LANGENIEUX-TRIBALAT, A., *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français* (multig.), Thèse, Limoges, 2007.

LECUYER, Y., "Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence", *Rev. Trim. D. H.*, 2004, pp. 197-223.

L'HEUREUX-DUBE, C., "The dissenting opinion: voice of the future?", *Osgood Hall Law Journal*, 2000, pp. 495-516.

LUCHAIRE, F., "La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ?
"Contre" : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-transposition-des-opinions-dissidentes-en-france-est-elle-souhaitable-contre-le-point-de-vue-de-deux-anciens-membres-du-conseil-constitutionnel.52547.html>.

MALENOVSKY, J., "Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international", *Anuario Colombiano de Derecho Constitucional*, 2010, pp.27-70.

MARTENS, P., "La pratique du délibéré collégial", in *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire Fortis*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 9-21.

MARTENS, P., "Solitude et cohérence du droit", *J.T.*, 2013, pp. 805-810.

MARTENS, P., "La motivation des décisions des cours suprêmes et constitutionnelles", *J.T.*, 2013/10, n°6512, pp. 182-183.

MARTENS, P., " La Cour européenne des droits de l'homme valide un système faisant coexister des décisions judiciaires incompatibles : est-ce bien raisonnable ?", *Justice en ligne*, 2 novembre 2011, <http://www.justice-en-ligne.be/article345.html>.

MASTOR, W., « Les opinions séparées des juges constitutionnels », Paris, Economica, 2005, pp. 87-115.

MASTOR, W., "Pour les opinions séparées au Conseil constitutionnel français", *Cour de cassation*, le mardi 18 octobre 2005, www.courdecassation.fr.

MASTOR, W., "L'effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires", in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de HOURQUEBIE, F. et PONTTHOREAU, M.-C.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 87-115.

MOUGENOT, D., MARCHANDISE, M., « Chapitre 1 - La généralisation du juge unique » in *Le Code judiciaire en pot-pourri*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 11-31.

NELISSEN, B., "Na sluiting Fortisgate (eindelijk) opening voor separate opinions? ", *R.W.*, 2011-2012/29, pp. 1278-1288.

NELISSEN, B., "Judicial loyalty through dissent or why the timing is perfect for Belgium to embrace separate opinions", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2011, pp. 1-14.

ONDO, T., "Les opinions séparées des juges à la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples", *Rev. Trim. D. H.*, 2015/104, pp. 941-963.

PONTHOREAU, M.-C., « L'énigme de la motivation encore et toujours l'éclairage comparatif », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de HOURQUEBIE, F. et PONTTHOREAU, M.-C.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 87-115.

PRIGNON, B., "Le secret du délibéré", *Ius & actores*, 2011, pp. 109-116.

RAFFAELLI, R., *Etudes sur les opinions divergentes au sein des cours suprêmes des états membres*, Bruxelles, Direction générale des politiques internes du Parlement européen, Département thématique C : droits des citoyens et affaires constitutionnelles, 2012.

RASSON-ROLAND, A., "Observations générales sur la communication de la décision du juge constitutionnel", *R.B.D.C.*, 2004/3-4, pp. 324-333.

RENCHON, J.-L., « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? A propos de l'arrêt K.A c. Belgique du 17 février 2005 de la C.E.D.H, Bruxelles, Bruylant, *L.G.D.J.*, 2007, p. 1309-1320.

RIGAUX, F., "Opinions dissidentes, opinions séparées et opinions convergentes : l'unanimité dans l'exercice de la fonction judiciaire" in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruylant, 2004, pp. 573-589.

RIGAUX, F., « Le statut de la magistrature belge », *A.D.L.*, 2005/1-2, pp. 3-27.

RIGAUX, M.-F., "La Cour constitutionnelle et les opinions séparées", *Justice en ligne*, 17 février 2012 (<http://www.justice-en-ligne.be/article404.html>).

RIVIERE, F., « Les opinions séparées des juges à la Cour européennes des droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2004.

ROSOUX, G., « Les droits fondamentaux, au cœur de la pluralité des sources, et de la pluralité des juges », *Rev. Dr. ULg.*, 2016/1, pp. 5-52.

ROUCOUNAS, E., "Dissenting opinions in the European court of human rights", in *The European Convention on human rights, a living instrument. Essays in honour of Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 501-530.

ROUSSEAU, D., "La pratique des opinions dissidentes : synthèse", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-transposition-des-opinions-dissidentes-en-france-est-elle-souhaitable-pour-une-opinion-dissidente-en-faveur-des-opinions-dissidentes.52548.html>.

RUEDA, F., "La motivation des décisions de la juridiction suprême du Royaume-Uni : une évolution dans la continuité", in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de HOURQUEBIE, F. et PONTTHOREAU, M.-C.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 263-280.

SERENI, A.-P., "Les opinions individuelles et dissidentes des juges et tribunaux internationaux", *Rev. gén. dr. intern. publ.*, 1964, p. 821-852.

SIMONART, H., « Observations générale sur la prise de décision du juge constitutionnel, *R.B.D.C.*, 2004/3-4, pp. 317-324.

SPIELMANN, D., « Opinions séparées et secret des délibérations à la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2007, n°6265, pp. 310-312.

SZYMCZAK, D., "La manipulation par la Cour européenne des droits de l'homme de ses propres précédents", in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (sous la dir. de HOURQUEBIE, F. et PONTTHOREAU, M.-C.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 61-85.

TROCSANYI, L. et HORVATH, A., "La pratique des opinions dissidentes en Hongrie - Les opinions individuelles en Hongrie : une institution ", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-hongrie-les-opinions-individuelles-en-hongrie-une-institution.52544.html>.

TULKENS, F. et SOHIER, J., "Les cours et tribunaux – Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2002-2004", *R.B.D.C.*, 2006/2, pp. 363-394.

UYTTENDAELE, M., "Trente leçons de droit constitutionnel", Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 495-531 et pp. 569-575.

VERDUSSEN, M., « Justice constitutionnelle », Bruxelles, Larcier, 2012, p.140-156, pp. 240-292.

WALTER, C., "La pratique des opinions dissidentes en Allemagne", *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°8, 2000, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-allemande.52541.html>.

WHITE, R. et BOUSSIAKOU, I., "Separate opinions in the European court of human rights", *Human Rights Law Review*, 2009, pp. 37-60.

ZAGREBELSKY, G., La pratique des opinions dissidentes en Italie", *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-italie.52545.html>.

Jurisprudence

Cass., 14 juin 1858, *Pas.*, 1858, I, p. 263.

Cass., 4 mai 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 653.

Cass., 6 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 878.

Cass., 26 mai 1986, *Pas.*, 1986, vol. I, p. 1194

Cass., 24 janvier 2007, *Pas.*, 2007, X, p. 167

Cass., 13 mars 2012, *Pas.*, 2012/3, pp. 578-585.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

